



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

**Declaración de
curso de
acreedores de
Mecánicas del
Noroeste, S.L.**

Alumna: Ana Regueiro Otero

Tutora: María Rocío Quintáns Eiras

Grado en Derecho y ADE

Año 2017

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	p.4
2. CAPÍTULO I: IMPUGNACIÓN DEL PAGO.....	p.5
2.1. Posibilidades de impugnación	p.5
2.2. Acción rescisoria concursal	p.6
2.2.1. Cuestiones generales	p.6
2.2.2. Presunción iuris et de iure de perjuicio.....	p.8
2.2.3. Legitimación	p.10
2.2.3.1. Legitimación activa.....	p.10
2.2.3.2. Legitimación pasiva.....	p.12
2.2.4. Ejercicio de la acción.....	p.13
3. CAPÍTULO II: RESCISIÓN CONCURSAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	p.14
3.1. Presunción iuris tantum de perjuicio.....	p.14
3.2. Efectos derivados de la rescisión	p.15
3.2.1. Para las partes	p.15
3.2.2. Para la entidad de crédito	p.19
3.2.2.1. Observaciones sobre el derecho real de hipoteca	p.19
3.2.2.2. Condición de tercero hipotecario	p.20
4. CAPÍTULO III: CONTRATO DE SUMINISTRO.....	p.23
4.1. Naturaleza y características del contrato de suministro.....	p.23
4.2. Eficacia de la cláusula contenida en el contrato	p.25
4.3. Resolución unilateral en sede concursal de los contratos de tracto sucesivo ..	p.26
4.3.1. Resolución contractual por incumplimiento	p.26
4.3.2. Cumplimiento forzoso del contrato	p.29
5. CAPÍTULO IV: ILÍCITO PENAL.....	p.31
5.1. Consideraciones previas.....	p.31
5.2. Delito de estafa	p.31
5.3. Responsabilidad penal	p.36
5.3.1. Autor del delito	p.36
5.3.2. Persona jurídica.....	p.37
6. CAPÍTULO V: IMPAGO LIQUIDACIONES IVA.....	p.39
6.1. Concepto de autoliquidación.....	p.39
6.2. Calificación jurídica del impago	p.39
6.3. Responsabilidad tributaria	p.41
6.4. Sanción aplicable	p.42
7. CONCLUSIONES.....	p.43
8. BIBLOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	p.46

- **Índice de abreviaturas:**

AP: Audiencia Provincial
Aptdo.: Apartado
Art.: Artículo
AA. VV: Autores Varios
BOE: Boletín Oficial del Estado
CC: Código Civil
CCom: Código de Comercio
CP: Código Penal
Coord.: Coordinador
IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido
LC: Ley Concursal
LCSP: Ley Contratos Sector Público
LEC: Ley Enjuiciamiento Civil
LGT: Ley General Tributaria
LH: Ley Hipotecaria
LIVA: Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LO: Ley Orgánica
Núm.: Número
Op. cit.: *opus citatum* (obra citada)
P.: Página
Pp.: Páginas
RD: Real Decreto
RIVA: Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido
RGRST: Reglamento general del régimen sancionador tributario
S.A.: Sociedad Anónima
SAP: Sentencia Audiencia Provincial
S.L.: Sociedad Limitada
S.s: siguientes
SSTS: Sentencia del Tribunal Supremo
TEAC: Tribunal Económico Administrativo Central
TS: Tribunal Supremo
TSJ: Tribunal Superior de Justicia
Vid.: Véase
Vol.: Volumen

1. INTRODUCCIÓN

La elección del presente caso práctico para su resolución y posterior defensa responde a motivos académicos, al encontrar de especial interés la oportunidad que el mismo brinda de lograr una visión conjunta de la realidad jurídica y empresarial. Personalmente, como estudiante de la doble titulación de Derecho y ADE, valoro el hecho de poder ahondar en las condiciones y problemática de las empresas, en este caso, desde una perspectiva que, desgraciadamente, se encuentra de plena actualidad como es la declaración de concurso de acreedores.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹, supuso una de las reformas más importantes de nuestro Ordenamiento jurídico, ocupando un lugar destacado en el mismo, en especial debido a su frecuente aplicación en los últimos años como consecuencia del fuerte impacto que la crisis de la economía española tuvo sobre las empresas. A su vez, la proliferación de situaciones de insolvencia en el seno de las empresas ha propiciado la necesidad de reformar la Ley Concursal, en numerosas ocasiones, para tratar de paliar los problemas detectados en la práctica y satisfacer las necesidades de todos los interesados en el procedimiento concursal.

De esta forma, a partir de la declaración del concurso de una empresa ficticia, como es Mecánicas del Noroeste, S.L., se realizará un análisis de uno de los mecanismos de más relevancia previstos en la Ley Concursal: la acción rescisoria. Así, resolviendo los diferentes supuestos planteados, se llevará a cabo un examen de sus principales características, requisitos de aplicación y efectos.

Por otro lado, también se estudiará la naturaleza de uno de los contratos clave para toda actividad empresarial como es el contrato de suministro, profundizando en el tratamiento de ciertas vicisitudes que atañen al mismo en sede concursal.

Asimismo, se analizará la responsabilidad penal de los administradores societarios en caso de un ilícito cometido en el seno de la empresa y la posibilidad de apreciar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica en aplicación de la reforma del Código Penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la cual supuso un punto de inflexión en este aspecto, al reconocer que una persona jurídica pueda ser responsable en este ámbito².

Finalmente, también se abarcará otro punto generador de una amplia casuística en la gestión de las empresas como es el pago de los impuestos, en este caso, centrándonos en el Impuesto Sobre el Valor Añadido y las posibles repercusiones derivadas del impago del mismo.

¹ Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 10 de julio de 2003, entró en vigor en septiembre del 2014, derogando, entre otras, la Ley de suspensión de pagos de 1992 y las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el Código de Comercio de 1985 en materia de quiebras.

² Regulación que ha sido objeto de reforma por Ley 37/2011, de 10 de octubre; Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre y de forma más reciente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

2. CAPÍTULO I: IMPUGNACIÓN DEL PAGO

2.1. Posibilidades de impugnación

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, designa un conjunto de operaciones, los llamados mecanismos o acciones de reintegración, con los que trata de traer a la masa activa del concurso bienes que indebidamente salieron de ella antes de dictarse el auto de declaración formal del concurso. Con ello se persigue garantizar la protección de los acreedores, aunque para ello deban sacrificarse, en perjuicio de terceros, actos realizados con plena eficacia por el deudor que todavía no había sido declarado en concurso³.

Sin embargo, las acciones rescisorias, específicas del concurso, no excluyen otras *acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho* (art. 71.6 LC) que podrán ser acumuladas junto a la rescisoria concursal⁴.

Entre las acciones de derecho común que pueden ser ejercitadas, aunque su finalidad en ocasiones no sea propiamente tal reintegración, se encuentran la acción revocatoria por fraude prevista en los arts. 1111 y 1291.3º CC, las acciones de nulidad y anulabilidad (ej. art. 1300 CC), así como las demás acciones rescisorias reconocidas por el art. 1291 CC⁵.

En cuanto al ejercicio de la acción revocatoria por fraude prevista en el Código Civil, la jurisprudencia ha determinado que los requisitos para la viabilidad de dicha acción son: *“la existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor”*⁶. Debiendo de ejercitarse respetando el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el art. 1299 CC⁷.

El ejercicio de esta acción pauliana es individual, correspondiendo la legitimación para interponerla a cualquiera de los acreedores perjudicados, o en sede concursal a la administración concursal, y su finalidad es permitir al acreedor impugnante volver a embargar el bien enajenado por el deudor en fraude de su crédito, sin que ello suponga restitución del bien enajenado al patrimonio del deudor⁸.

³ SILVETTI, E.: “Artículo 71. Acciones de reintegración”, en AA. VV, *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 800-801.

⁴ Vid. SAP Barcelona 149/2008, 28 de abril de 2008 (EDJ 2008/135696).

⁵ DÍAZ VALES, F.: “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, en *Anuario Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá III*, 2010, p. 268.

⁶ Vid. STS 322/1995, 20 de abril de 1995 (EDJ 1995/1539) y STS 2954/1999, 17 de julio de 2006 (EDJ 2006/105549), entre otras. No cabría impugnación conforme a esta acción si el adquirente es de buena fe y adquirió a título oneroso. PARRA LUGÁN, M^a A.: “El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 238.

⁷ Vid. STS 1146/2002, 2 de diciembre de 2002 (EDJ 2002/51849).

⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Reintegración del patrimonio del concursado”, en *Anales del Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 25, 2007, p. 20. Asimismo, el TS reconoce como efecto típico de la acción pauliana *“que el acto resulte ineficaz frente al acreedor que la interpuso, y, por tanto, los bienes sobre los que aquél recayó queden sometidos a la acción del acreedor como si estuvieren en el patrimonio del deudor”* STS 1021/1990, 15 de junio de 1992 (EDJ 1992/6328).

Por otra parte, la acción rescisoria concursal, tiene como finalidad remover el perjuicio que el acto impugnado representa para todos los acreedores concursales, permitiendo la vuelta del bien enajenado al patrimonio del deudor, con el objetivo de poder satisfacer al máximo número de acreedores mediante la liquidación del mismo⁹.

Esta acción de reintegración concursal se separa en su fundamento de la acción pauliana al tener una base absolutamente objetiva. Es decir, la acción prevista en el art. 71 LC, para lograr la rescisión del acto atacado, se asienta en la simple existencia de un perjuicio patrimonial¹⁰, sin atender a la presencia o no de intención fraudulenta alguna¹¹.

En este caso, al entender que la acción rescisoria concursal cuenta con menores requisitos y mayores facilidades probatorias para su ejercicio¹², unido al carácter subsidiario de la acción revocatoria ordinaria frente a otras acciones (art. 1294 CC), se planteará como posibilidad principal para impugnar el pago realizado por Mecánicas del Noroeste, S.L., el ejercicio de la acción rescisoria concursal.

2.2. Acción rescisoria concursal

2.2.1. Cuestiones generales

A través del ejercicio de la acción rescisoria específica concursal, se puede rescindir los actos válidamente celebrados pero perjudiciales para la masa activa llevados a cabo por el deudor durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, permitiendo restablecer la indemnidad del patrimonio del concursado. Esta acción puede ser entablada presumiendo en algunos casos la existencia de perjuicio, admitiendo o no prueba en contrario según diferentes supuestos, y exigiendo en los demás la demostración, por parte de la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados, del perjuicio causado. De esta forma, se impone a un acto, estructural y formalmente válido, una ineficacia sobrevenida y funcional, en atención a los intereses de la masa del concurso¹³.

El art. 71 LC “Acciones de reintegración” señala que “*declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*”. Siendo el *dies a quo* para el cómputo retroactivo de los dos años la fecha del auto de declaración del concurso (art. 21 LC) con independencia de la

⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Reintegración del patrimonio del concursado”, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰ En este sentido señala FERNÁNDEZ CAMPOS “*En la rescisión civil por fraude de acreedores, el perjuicio es la lesión de la garantía patrimonial que impide (o dificulta extraordinariamente) la realización ejecutiva del crédito (por tanto, no comporta insolvencia patrimonial sino empobrecimiento que impide realización). En materia de concurso, para la doctrina autorizada perjuicio sería que sin el acto que se impugna la masa activa tendría mayor valor.*” FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Reintegración del patrimonio del concursado”, *op. cit.*, p. 25.

¹¹ Vid. STS 662/2010, 27 de octubre de 2010 (EDJ 2010/226119). En el mismo sentido, STS 185/2012, 28 de marzo de 2012 (EDJ 2012/87191) y STS 629/2012, 26 de octubre de 2012 (EDJ 2012/248604).

¹² La LC establece un sistema de presunciones, en su art. 71 aptdo. 2 y 3, que facilita la prueba de perjuicio y será comentado posteriormente.

¹³ CURIEL LORENTE, F.: “Los efectos de la reintegración en el concurso”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 199. No obstante, entiende el autor que la validez del acto no es un requisito para el ejercicio de la acción, por lo que también podría interponerse cuando adoleciese de vicio o defecto que lo invalide.

fecha en que el mismo gane firmeza¹⁴. Este plazo de dos años no puede ser considerado de caducidad sino que se trata de un presupuesto que se requiere para la procedencia de la impugnación¹⁵.

Su carácter es constitutivo, en cuanto tiene por contenido la extinción de unos determinados efectos jurídicos a través de la privación de eficacia del acto, teniendo la sentencia que la estima el mismo carácter¹⁶.

Por lo que respecta a los requisitos necesarios para su ejercicio, en primer lugar, ha de tratarse de un acto que implique desplazamiento patrimonial, por ejecución de una obligación de cualquiera de las categorías previstas en el art. 1088 CC: dar, hacer o no hacer. Al referirse la ley a “actos” sin más precisiones han de incluirse todos los que sean susceptibles de producir el efecto perjudicial siempre que se refiera a actos del deudor, excluyéndose los que deriven del cumplimiento de una norma jurídica¹⁷. Por otro lado, también deben entenderse excluidos tanto los simples hechos jurídicos como las omisiones¹⁸. Además, el acto no puede verse correspondido por una contraprestación normal si se trata de un acto propio de la actividad ordinaria del concursado, según se infiere de lo dispuesto en el art. 71.5.1 LC, que excluye tales actos de la posibilidad de rescisión¹⁹.

Por otro lado, la Ley solo exige, en el momento de realización del acto cuya rescisión se pretende, la existencia de perjuicio no que el deudor ya esté en situación de insolvencia²⁰, correspondiendo la prueba del perjuicio patrimonial a quien la ejercite (71.4 LC).

En este sentido, el concepto de perjuicio no se reduce sólo a la disminución directa del activo de la concursada, o a la no obtención de la ganancia o beneficio esperable, sino que se defiende que el perjuicio para la masa activa es un concepto más amplio que el mero perjuicio patrimonial, extendiendo el contenido del concepto de perjuicio a la vulneración del principio de la par conditio creditorum, aunque con el matiz de que no

¹⁴ DÍAZ VALES, F.: “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, *op. cit.*, p. 295. La previsión bianual debe computarse como un plazo civil, es decir, de fecha a fecha. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 70.

¹⁵ GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 43.

¹⁶ SILVETTI, E.: “Artículo 73. Efectos de la rescisión”, en AA. VV, *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 836.

¹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, en AA. VV, *Derecho penal. Parte especial*, (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 36.

¹⁸ SILVETTI, E.: “Artículo 71. Acciones de reintegración”, *op. cit.*, p. 806. Aunque existe jurisprudencia que sí admite la rescisión concursal de todo tipo de actos jurídicos, tanto expresos como omisiones, siempre que sean perjudiciales para la masa. Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil 660/2009, 30 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/414438).

¹⁹ DÍAZ VALES, F.: “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, *op. cit.*, p. 272.

²⁰ En relación con esta cuestión el TS apunta: “para poder apreciar que el acto objeto de rescisión es perjudicial para la masa activa no es necesario ni que haya generado o agravado la insolvencia, ni que se haya realizado estando la sociedad concursada en estado de insolvencia²⁰.” En adición, tampoco se considera necesario que entre el acto perjudicial y el estado de insolvencia exista relación causal. Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Alicante 198/2007, 10 de octubre de 2007 (EDJ 2007/184535).

toda infracción de la par conditio creditorum puede subsumirse en el concepto de perjuicio, solo cuando se realice de forma injustificada²¹. Como aclara el TS, aunque el perjuicio guarda relación con la paridad de trato, tampoco cabe equiparar ambos conceptos, pues ello llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso, como sería cualquier garantía real o incluso los pagos de obligaciones vencidas y exigibles²².

Este principio aparece recogido en la Exposición de Motivos de la propia Ley Concursal en los siguientes términos: “*Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas*”²³.

De esta forma, “*el perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial*”²⁴.

Por tanto, en el presente caso, el pago realizado por Mecánicas del Noroeste, S.L. constituye un perjuicio para la masa activa del concursado en tanto que vulnera la par conditio creditorum de forma injustificada al favorecer al Banco de Galicia, S.A que ve satisfecho su crédito no vencido en detrimento del resto de los acreedores.

2.2.2. Presunción iuris et de iure de perjuicio

El art. 71.2 LC, en su segundo apartado, facilita la prueba del perjuicio estableciendo una presunción, iuris et de iure, que dispone que el perjuicio patrimonial para ejercitar la acción rescisoria se presume en caso “*de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real*”²⁵.

HUELMO REGUEIRO²⁶ señala que pagar o realizar actos de extinción de una deuda no vencida en el momento de la declaración de concurso, es un adelanto de pago que debe considerarse injustificado cuando el deudor no ha podido cumplir regularmente

²¹ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, JB Bosch editor, Barcelona, 2016, p. 149.

²² Vid. STS 629/2012, 26 de octubre de 2012 (EDJ 2012/248604).

²³ Para que sea admisible un privilegio que pervierta el orden general es necesario que se den una serie de notas que se concretan en la legalidad (exigencia de seguridad jurídica), necesidad (o causa suficiente) y excepcionalidad de los privilegios. En GARCÍA ESCOBAR, G.A.; “El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum”, en *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 5, 2014, p. 26.

²⁴ Vid. SAP Madrid 311/2008, 19 de diciembre de 2008 (EDJ 2008/327318) y SAP Valencia 424/2011, 14 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/307638).

²⁵ En caso de contar con garantía real sería de aplicación el art. 71.3 LC, que establece una presunción iuris tantum de perjuicio, y, por tanto, admitiría prueba en contrario. Al no pronunciarse el supuesto planteado en este punto, se entenderá que carece de dicha garantía.

²⁶ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, op. cit., p. 199.

sus obligaciones exigibles²⁷. En el mismo sentido, para el TS la falta de justificación de pago anticipado “*radica en la inexigibilidad del crédito satisfecho y el efecto que ello ocasiona: distraer de la masa activa el importe en beneficio de un acreedor, cuyo crédito debería formar parte de la masa pasiva del concurso (art. 49 LC)*”²⁸. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa²⁹.

Su fundamentación recae en que el crédito anticipado “*no podría ser cobrado por el acreedor una vez declarado el concurso, pues ese crédito quedaría integrado en la masa pasiva y el acreedor sometido al tratamiento concursal paritario con los demás acreedores concurrentes. Al adelantarse el pago, se privilegia injustificadamente al acreedor que lo percibe, que elude el tratamiento concursal de su crédito, alterándose así el principio de igualdad de trato*”³⁰.

Recapitulando todo lo anterior, la rescisión de un pago solo requiere la concurrencia de un requisito de carácter objetivo: haber realizado el acto dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso presumiendo la propia Ley Concursal la perjudicialidad del mismo cuando la obligación no fuera inexigible en el momento de realizarse el pago³¹.

En el presente caso, el pago realizado el 25 de abril de 2014 por Mecánicas del Noroeste, S.L., se efectuó para satisfacer la obligación derivada de un contrato de préstamo cuyo vencimiento tendría lugar en abril de 2020, es decir, con posterioridad a la declaración del concurso de la empresa datada en marzo de 2016. Por tanto, siendo rescindible dicho pago en aplicación del art. 71 LC, presuponándose el perjuicio en aplicación de lo dispuesto en su apartado segundo.

²⁷ Lo que constituye un presupuesto objetivo de la declaración de concurso (art. 2.2 LC).

²⁸ Vid. STS 58/2015, 23 de febrero de 2015 (EDJ 2015/26767).

²⁹ Vid. STS 629/2012, 26 de octubre de 2012 (EDJ 2012/248604). Señala la AP de Barcelona (SAP Barcelona 106/2009, 30 de marzo de 2009 (EDJ 2009/213298) que “*para que pueda rescindirse un pago debido, vencido y exigible, será preciso que suponga al mismo tiempo una alteración de la par conditio creditorum. [...] Pero para que constituyan una vulneración de la par conditio creditorum será necesario que, al tiempo de ser realizados, el deudor ya esté en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC) y que el pago no pueda considerarse acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias, en la medida en que está excluido expresamente por el art. 71.5 LC*”.

³⁰ Vid. SAP Barcelona 270/2015, 19 de noviembre de 2015 (EDJ 2015/244526). En este sentido, BUSTILLO SAIZ considera que el pago anticipado realizado en situación de insuficiencia patrimonial resulta siempre una violación de la igualdad, puesto que se produce una discriminación injustificada entre los acreedores ya que supone dejar de pagar a unos por haber pagado a otros. BUSTILLO SAIZ, M^a del M.: *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa de la Ley concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 129.

³¹ Los tribunales han venido aplicando esta presunción en supuestos, en los que se cancela anticipadamente un préstamo o crédito que, o carecía de plazo o no se había dado por vencido. Vid. SAP Zaragoza 454/2011, 11 de julio de 2011 (EDJ 2011/161680) y SAP Toledo 172/2013, 25 de junio de 2013 (EDJ 2013/135093). En sentido contrario, se entiende que no resulta aplicable la norma a pagos realizados respecto de obligaciones con vencimiento inicialmente posterior al concurso pero que vencieron anticipadamente por razones diversas. SILVETTI, E.: “Artículo 71. Acciones de reintegración”, *op. cit.*, p. 809.

2.2.3. Legitimación

2.2.3.1. Legitimación activa

El art. 10 LEC establece que “*Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por Ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”. En este sentido, el art. 72.1 LC señala que “*La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal*”.

Se trata, por tanto, de una legitimación extraordinaria o indirecta, en el que, por disponerlo así expresamente la ley, se otorga legitimación para el ejercicio de la acción a sujetos que no son titulares del derecho subjetivo privado o situación jurídica sustancial de que se trate³². El TS argumenta que su justificación radica en que “*la administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos*”. Atribuyendo esta legitimación en todo caso, con independencia de las limitaciones acordadas en el auto del concurso (art. 40 y 21.1. 2º LC), y afirmando que dicha legitimación le confiere también las facultades o derechos propios de las partes en un proceso civil, entre las que se encuentra el poder disponer de la acción ejercitada, sin que para ello sea necesario la intervención de los acreedores³³.

Esta exclusión de la legitimación inicial de los acreedores se realiza por motivos de orden y seguridad jurídica, para evitar la pluralidad de acciones, de forma que su legitimación se articule a través de un órgano de representación³⁴. Por tanto, le corresponde a la administración concursal examinar la concurrencia de los requisitos legalmente exigibles para que prospere la acción de reintegración, valorar la eficacia o el beneficio que el ejercicio de la acción puede reportar para la masa activa del concurso, y el posible perjuicio que le comportaría tener que pagar las costas del incidente. Debiendo responder frente al deudor concursado y sus acreedores en caso de no haber ejercitado la acción rescisoria cuando ésta fuera necesaria para la correcta composición de la masa activa del concurso, o cuando la hubieran ejercitado indebidamente causando con ello un perjuicio para la masa (art. 36 LC).

Para conformar la voluntad de dicho órgano, se aplicará el régimen de mayoría de sus miembros, previsto con carácter general en el art. 35.2 LC, debiendo constar su decisión en el acta contemplada en el art. 35.4 LC al no tratarse de una cuestión de trámite o de gestión ordinaria de la administración concursal.

³² SILVETTI, E.: “Artículo 72. Legitimación y procedimiento”, en AA. VV, *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 819. Por otra parte, la legitimación tanto directa como indirecta, ha sido apreciada por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria como un presupuesto de fondo de la acción, siendo un requisito de fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, perteneciendo al fondo del asunto. Vid. STC 214/1991, 17 de diciembre de 1991 (EDJ 1991/10668) y SAP Barcelona 193/2012, 14 de mayo de 2012 (EDJ 2012/187435).

³³ Vid. SAP Barcelona 351/2008, 24 de octubre de 2008 (EDJ 2008/266051).

³⁴ Vid. SAP Barcelona 351/2008, 24 de octubre de 2008 (EDJ 2008/266051).

En cuanto a la posibilidad de Veta, S.L. de intervenir como coadyudante, la Audiencia Provincial de Barcelona ha declarado que no es posible intervenir como coadyudantes en la posición procesal del administrador concursal³⁵. En sentido contrario, considera HUELMO REGUEIRO que la restricción de la legitimación activa, no justifica que se impida a los acreedores intervenir como coadyudantes de la administración concursal, si lo hacen sujetos a las limitaciones propias de esta figura procesal³⁶.

No obstante, el citado art. 72.1 LC, en consonancia con el art. 54.4 LC, reconoce la legitimación, a los acreedores en sustitución de la administración concursal y en interés de la masa de acreedores en el caso en que hubiesen instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar, y el fundamento para ello, y la administración concursal no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento; por tanto, reconociéndoles tal legitimación de forma subsidiaria en caso de inactividad de la administración concursal³⁷.

Respecto a quien ha de tener la consideración de acreedor a estos efectos, se discute por la doctrina si los acreedores con legitimación subsidiaria son sólo los concursales³⁸ o si por el contrario ha de incluirse también a los acreedores contra la masa³⁹. Además, autores como HERRERO PEREZAGUA⁴⁰ defienden que, una vez hecho el requerimiento por un acreedor, cualquier acreedor concursal podrá ejercitar la acción. Se opone a esto HUELMO REGUEIRO⁴¹, al entender que solo aquellos acreedores requirentes podrán ejercer subsidiariamente la acción.

Por otro lado, la jurisprudencia ha rechazado reiteradamente que el deudor tenga legitimación activa para formular esta acción y, en consecuencia, tampoco la tiene para recurrir en apelación la sentencia que resuelva el incidente⁴².

³⁵ “Una vez ejercitada la acción por la administración concursal, en puridad, no cabría intervención procesal de un acreedor o tercero interesado para actuar como coadyuvante del actor, como consecuencia de la restricción de legitimación activa [...] Es por ello que tanto el ejercicio de la acción de reintegración como la formulación de la calificación concursal quedan excluidas de la intervención procesal”. Vid. SAP Barcelona 351/2008, 24 de octubre de 2008 (EDJ 2008/266051).

³⁶ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p. 310. En similares términos la Audiencia Provincial de Baleares señala que: “El acreedor no tiene una condición de parte autónoma, sino que su legitimación es subsidiaria y en el caso de que la ejercite el administrador concursal sólo puede unirse a los motivos por el planteados”. Vid. SAP Baleares 510/2012, 29 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/292211).

³⁷ Es este sentido, es necesario señalar que la legitimación subsidiaria se concede únicamente para el ejercicio de la concreta acción de reintegración para cuyo ejercicio se requirió a la administración y solo fundamentándola en los mismos argumentos que los comunicados a la administración concursal. HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p.313.

³⁸ HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 173.

³⁹ Apoya esta postura, HUELMO REGUEIRO: “los acreedores contra la masa también pueden tener interés legítimo en el ejercicio de la acción, no encontrando ninguna justificación para restringir aún más una legitimación ya de por sí restringida”. HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p. 312-313.

⁴⁰ HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, *op. cit.*, p. 173-174.

⁴¹ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p. 313.

⁴² Vid. SAP Huesca 33/2008, 7 de febrero de 2008, (EDJ 2008/32950) y SAP Huesca 49/2009, 26 de marzo de 2009 (EDJ 2009/76516), entre otras.

De todo lo expuesto anteriormente se desprende que, en cuanto a la legitimación subsidiaria de los acreedores, y en este caso de Veta, S.L., dos son los requisitos necesarios para que nazca esta legitimación subsidiaria, uno formal y otro temporal: requerimiento previo a la administración concursal y el transcurso de dos meses de inactividad por parte de la misma⁴³.

Por tanto, parece quedar claro que Veta, S.L., en calidad de acreedor personado en el concurso está legitimado subsidiariamente en caso de requerir previamente a la administración concursal y haber transcurrido dos meses de inactividad de esta. Debiendo comparecer en el procedimiento representado por procurador y asistido por letrado (art. 184.3 LC) y notificar a la administración concursal la interposición de la demanda (art. 72.4 LC).

Una vez que la administración concursal tenga conocimiento del ejercicio de la rescisoria concursal, puede decidir no intervenir o intervenir como coadyuvado con alguna de las partes en función de lo que considere mejor para la masa activa del concurso⁴⁴. Por otra parte, hay que señalar que después de transcurridos dos meses si el acreedor requirente no ha interpuesto demanda todavía podría hacerlo la administración concursal⁴⁵. En este caso, si posteriormente Veta, S.L. interpusiera demanda incidental la concurrencia de la excepción procesal de litispendencia permitiría dictar, inmediatamente después de su admisión, un auto de sobreseimiento por falta de legitimación activa de conformidad con lo establecido en el art. 421 LEC.

2.2.3.2. Legitimación pasiva

En lo referente a la legitimación pasiva, el art. 193 LC regula de forma general la legitimación pasiva en los incidentes concursales⁴⁶: *“en el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora”*.

Por su parte, el art. 72.3 LC regula de forma específica la legitimación en los incidentes rescisorios: *“las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado”*.

De esta forma dado que se pretende la rescisión de un acto o negocio jurídico hasta ese momento totalmente válido, el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a demandar a todos los intervinientes en dicho acto o negocio jurídico para que puedan defender en el proceso sus intereses. Por tanto, se produce un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario propio (art. 12.2, 416.1. 3º y 420.1 LEC)⁴⁷, pues es la norma la que impone

⁴³ Por ejemplo, la SAP Tarragona 262/2008, 20 de junio de 2008 (EDJ 2008/201748) niega la legitimación a unos acreedores por no haber requerido previamente a la administración concursal. Considera HERRERO PEREZAGUA que si los administradores hubieran expresado a los requirientes, dentro del plazo de dos meses, su intención de no emprender actuación procesal alguna, ya no se trataría de un supuesto de inactividad sino de negativa, permitiendo la legitimación subsidiaria pues el requisito de no ejercicio por los administradores queda ya satisfecho mediante la exteriorización de su voluntad. HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁴ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁵ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, p. 314.

⁴⁶ El art. 72.4 LC establece que: *“las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal”*.

⁴⁷ *“Se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse*

la necesidad de extender la demanda frente a varios sujetos, siendo la no correcta constitución del litisconsorcio apreciable de oficio por el juez⁴⁸.

Por tanto, en este caso, Veta, S.L. debería dirigirse tanto a Mecánicas del Noroeste, S.L., como a Banco de Galicia, S.A. por haber sido parte en el acto impugnado.

2.2.4. Ejercicio de la acción

Finalmente, se hará referencia a algunos puntos relevantes para el ejercicio de la acción por considerarlos importantes para ofrecer una visión completa de la misma y resolver apropiadamente el supuesto.

En primer lugar, el plazo para ejercitar la acción este punto no es objeto de regulación en la Ley Concursal, pero en tanto que se trata de una acción de naturaleza rescisoria se ha venido proponiendo con carácter general la aplicación del plazo de cuatro años previsto en el art. 1299.2 CC, que la doctrina estima que es de caducidad. En este sentido, algunos autores estiman que el plazo debe computarse sólo desde el día en que ha sido declarado el concurso porque solo por la declaración de concurso surge la acción revocatoria concursal como acción, o desde el día en que acepta el cargo quien está legitimado para ejercitarla, es decir, la administración concursal⁴⁹. Finalmente, autores como, HUELMO REGUEIRO, consideran que no existe un plazo de caducidad o prescripción⁵⁰. En el mismo sentido se manifiesta la AP de Barcelona *“la acción rescisoria prevista en el art. 71 LC no está sujeta a plazo específico de caducidad o prescripción, ya que la seguridad jurídica queda garantizada por el periodo sospechoso de dos años fijado por la ley, y porque sólo podrá hacerse valer dentro del concurso”*⁵¹.

En cualquier caso, deberá ejercitarse después de dictado el auto de declaración del concurso y antes de su conclusión, no siendo obstáculo para su ejercicio que se haya aprobado un convenio, ni la apertura de la fase de liquidación⁵². Además, hay que señalar que las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal (art. 72.4 LC), estando comprendidas en la sección tercera del concurso (art. 183.3 LC).

Asimismo, en virtud del art. 196.4 LC la sentencia, una vez firme, que ponga fin al incidente concursal producirá efectos de cosa juzgada, declarando la ineficacia, en caso de estimar la acción, del acto impugnado y condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC)⁵³. En este caso,

efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no sólo por diferentes sino además por incompatibles”. STS 281/2003, 24 de marzo de 2003 (EDJ 2003/6521) y STS 773/2008, 23 de julio de 2008 (EDJ 2008/127993).

⁴⁸ Vid. SAP Asturias 116/2011, 3 de marzo de 2011 (EDJ 2011/55003).

⁴⁹ HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁰ HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, *op. cit.*, pp. 386-387. Así, argumenta también la AP de Madrid: *“la acción rescisoria concursal nace con el concurso y se extingue con él, por lo que podría ejercitarse durante todo el tiempo de duración del mismo, sin que le resulten aplicables las exigencias temporales que rigen para las acciones rescisorias extraconcursales”*. Vid. SAP Madrid 63/2013, 1 de marzo de 2013 (EDJ 2013/49112).

⁵¹ Vid. SAP Barcelona 47/2006, 2 de mayo de 2006 (EDJ 2006/493761).

⁵² SILVETTI, E.: “Artículo 72. Legitimación y procedimiento”, *op. cit.*, p.831.

⁵³ Es necesario apuntar que el pronunciamiento que se dicte en la acción rescisoria no vincula a efectos de la calificación del concurso. Vid. SAP Barcelona 18/2012, 25 de enero de 2012 (EDJ 2012/ 68315).

al tratarse el pago realizado de un acto de disposición unilateral, no supone la ineficacia del negocio jurídico del que deriva el mismo, sino que la rescisión solo alcanza al pago debiendo este ser restituido, surgiendo para el receptor del dinero pagado, Banco de Galicia, S.A., la obligación de devolverlo, pero sin perder por ello su derecho de crédito, que tendrá la consideración de concursal por ser el mismo anterior a la declaración del concurso⁵⁴.

En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, Veta, S.L. tendrá derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubiera incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme (art.54.4 LC).

3. CAPÍTULO II: RESCISIÓN CONCURSAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

3.1. Presunción iuris tantum de perjuicio

Para proceder a la rescisión en sede concursal del contrato de compraventa podría acudir nuevamente a la acción de rescisión concursal contemplada en el art. 71 LC, por lo que me remito a lo comentado anteriormente en relación a los aspectos generales de la acción.

En este caso, nos encontramos ante una compraventa celebrada en abril de 2014, por tanto, dentro del plazo de dos años anteriores a la declaración del concurso⁵⁵, establecido por la Ley Concursal para la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa.

Hay que poner de relieve la diferencia entre el valor del inmueble en tasación, 304.750 euros, y el precio de compra, 150.000 euros, siendo este la mitad del primero sin que figure ninguna razón para una devaluación de tal magnitud, por lo que resulta indicativo de que la compraventa fue perjudicial para la masa activa del concurso. De esta forma, sería posible plantear la acción rescisoria en aplicación del art. 71.1 LC correspondiendo la prueba del perjuicio patrimonial a quien la ejercite (71.4 LC).

Sin embargo, para probar la existencia de un perjuicio patrimonial la propia Ley Concursal facilita, en su art. 71.3, la presunción iuris tantum⁵⁶ de perjuicio *“cuando se trate de un acto dispositivo a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”*.

⁵⁴ Vid. STS 629/2012, 26 de octubre de 2012 (EDJ 2012/248604): *“Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente”*.

⁵⁵ Datada en marzo de 2016.

⁵⁶ El art. 385.2 LEC establece que *“cuando la Ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”*.

Asimismo, es la propia Ley Concursal la encargada de determinar quiénes son las personas especialmente relacionadas con el concursado. De este modo, en su artículo 93.2. 1º en relación con el 93.1. 2º, se indica que cuando los socios del concursado persona jurídica sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas las personas que lo sean con los socios en los términos del artículo 93.1. 2º donde se establece que tendrán tal consideración los ascendientes, descendientes y hermanos. Correspondiendo a la administración concursal tanto la prueba del acto realizado como el vínculo entre la persona y el concursado⁵⁷.

De esta forma, doña María Arias, hermana de don Miguel, siendo este socio de la empresa, tiene la consideración de persona especialmente relacionada con el concursado, y, por tanto, en consecuencia, presuponiéndose salvo prueba en contrario la existencia de perjuicio patrimonial, siendo rescindible el contrato de compraventa en aplicación del art. 71.3 LC.

3.2. Efectos derivados de la rescisión

3.2.1. Para las partes

La consecuencia propia de la rescisión es la reintegración de las prestaciones recibidas por las partes a causa del contrato que se rescinde, con sus frutos e intereses (art. 73 LC). Esto conllevaría la declaración, con efectos *ex tunc*⁵⁸, de la ineficacia del acto atacado por la reintegración concursal, por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del contrato en cuestión.

Por tanto, correspondería a doña María restituir a la masa activa el inmueble recibido del concursado con ocasión del negocio rescindido, con las precisiones realizadas en el apartado siguiente, adquiriendo el derecho, de recibir lo que hubiera entregado al mismo como contraprestación, es decir, 150.000 euros.

Señala el art. 73.3 LC que *“el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido”*. Los créditos contra la masa se pagarán de acuerdo con lo previsto en el art. 154 LC. Dicho artículo establece *“Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta”*. De esta forma, los créditos contra la masa deben ser satisfechos a medida que vencen y son prededucibles, implicando una disminución previa de la masa activa destinada al pago de los acreedores concursales⁵⁹.

⁵⁷ SILVETTI, E.: “Artículo 71. Acciones de reintegración”, *op. cit.*, p. 810.

⁵⁸ En este sentido se pronuncia el TS: *“la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos “ex nunc” sino “ex tunc”, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos”*. STS, 17 de junio de 1986 (EDJ 1986/4168) citada en STS 812/2005, 27 de octubre de 2005 (EDJ 2005/171683). No obstante, también existe jurisprudencia contradictoria que reconoce la ineficacia del acto con efectos *“ex nunc”*. En este sentido, se pronuncia, por ejemplo, la SAP Barcelona 58/2009, 6 de febrero de 2009 (EDJ 2009/22460) y autores como CURIEL LORENTE. Vid. CURIEL LORENTE, F.: “Los efectos de la reintegración en el concurso”, *op. cit.*, p. 200.

⁵⁹ ALCOVER GARAU, G.: *La retroacción de la quiebra*, McGraw- Hill Interamericana, Madrid, 1996, p. 37. Estos créditos son créditos provocados por el concurso, no créditos que provocan el concurso lo

Sin embargo, el art. 73.3 LC también prevé, con carácter general, que en el caso de que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor, se considerará crédito concursal subordinado⁶⁰. Indicando el art. 158 LC que *“El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios.”* En este sentido, hay que recalcar que la buena fe se presume. Por tanto, quien ejercita la acción de rescisión, debe probar la mala fe, teniendo en cuenta que se trata de un concepto jurídico que se apoya en una conducta que ha de ser deducida de los hechos⁶¹.

Señala el TS que *“para declarar la existencia de mala fe ex art. 73.3 LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia [...]. La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se efectúa negativamente -perjuicio- a los demás acreedores [...]. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico⁶²”*. Por tanto, solo se entenderá que actuó de mala fe en caso de superar este doble examen objetivo y subjetivo. En este contexto, se entiende que concurre mala fe cuando *“la parte -de ordinario, el adquirente-, conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudis⁶³”*.

Debido a la relación familiar que une a don Miguel y doña María, podría suponerse fácilmente que conocía la situación de crisis en la cual se producía dicha operación, pero habría que dirimir si su actuación tuvo lugar con intención de perjudicar a los acreedores.

Sin embargo, a pesar de la posibilidad de no apreciar mala fe en la conducta de María su crédito sería igualmente considerado crédito subordinado en aplicación del art. 92.5 LC que establece que tendrán la consideración de crédito subordinados: *“los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente”*.

Por otra parte, la rescisión tendrá lugar sin perjuicio de la responsabilidad que se pueda atribuir a don Miguel por el daño causado. En este sentido, la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital establece un régimen de responsabilidad por los daños derivados de la

que implica que los acreedores no se pueden considerar acreedores privilegiados, sino acreedores ordinarios fuera del concurso, es decir, que no se ven afectados por las normas del concurso. BLASCO GASCÓ, F. D.: *Prelación y Pago de los Acreedores Concursales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 73.

⁶⁰ Art.92.6 LC: *“Son créditos subordinados: Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado”*.

⁶¹ Vid. STS 909/1993, 9 de octubre de 1993 (EDJ 1993/8889) y STS 692/2001, 10 de julio de 2001 (EDJ 2001/15294). En relación con esta cuestión, el art. 386 LEC señala que *“a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”*. En este sentido se pronuncia JOSÉ LEÓN: *“El conocimiento de la situación de dificultades económicas del concursado en el periodo sospechoso y el carácter perjudicial resulta ordinariamente acreditable a partir de las circunstancias en las que se realizó el acto.”* JOSÉ LEÓN, F.: *“La función de la acción rescisoria desde la perspectiva del tercero”*, en Anuario de Derecho Concursal, núm. 28, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 190.

⁶² Vid. STS 548/2010, 16 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/226118).

⁶³ Vid. SAP Alicante 136/2008, 9 de abril de 2008 (EDJ 2008/83276).

actuación de los administradores (art. 236 y ss. LSC) sustanciándose en el ejercicio de dos acciones: la acción social (art. 238 LSC) e individual (art. 241 LSC)⁶⁴.

La distinción entre ambas acciones de responsabilidad descansa en el patrimonio sobre el que incide el daño causado por el acto de los administradores. De manera que, cuando el patrimonio perjudicado sea el de socios o terceros, la acción ejercitable será la individual, mientras que, cuando lo sea el de la sociedad se ejercitará la acción social con el objetivo de resarcir el perjuicio causado⁶⁵.

En cuanto al ejercicio de la acción individual la jurisprudencia señala que el perjuicio provocado a los acreedores debe de ser individualizado o específico, no bastando un perjuicio general o colectivo que afecte a todos los acreedores sociales⁶⁶. Siendo esto último lo que realmente ocurre con la actuación de don Miguel al verse reducido de forma injustificada el patrimonio de la sociedad, por lo que en el supuesto planteado se considera más pertinente entablar una acción social de responsabilidad.

En lo que atañe a los requisitos para el ejercicio de la acción social la jurisprudencia dispone que será necesario: *“un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores”, “que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal”, “que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal”, “que la sociedad sufra un daño” y “que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño”⁶⁷.*

Asimismo, se concreta que el deber de lealtad implica que los administradores deberán actuar en todo momento en interés de la sociedad, por lo que cualquier incumplimiento, aunque sea meramente culposo o negligente, que derive de un ejercicio abusivo o negligente de sus competencias dará lugar a la obligación de resarcir los daños patrimoniales causados⁶⁸. En la actuación de don Miguel podría apreciarse la conducta descrita al haber procedido a la venta de un activo de la sociedad a un precio muy inferior a su valor catastral sin que conste ningún tipo de justificación para tal proceder.

La Ley otorga legitimación para el ejercicio de esta acción resarcitoria a la sociedad, previo acuerdo de la junta general (art. 238 LSC), de forma subsidiaria a los socios y en caso que no fuese ejercitada por ninguno de los anteriores a los acreedores (art. 240 LSC). No obstante, a partir del momento de declaración del concurso, la Ley Concursal

⁶⁴ La LSC también prevé una responsabilidad especial, de naturaleza objetiva, por deudas sociales (art. 367 LSC) para el caso que los administradores incumplan determinadas obligaciones legales asociadas a los supuestos en que la sociedad se encuentre inmersa en causa de disolución (art. 363.1 LSC), conforme a la cual los administradores responden solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Vid. SAP Burgos 302/2016, 29 de julio de 2016 (EDJ 2016/212982).

⁶⁵ Vid. STS 1194/2000, 29 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/55640).

⁶⁶ Vid. SAP Burgos 302/2016, 29 de julio de 2016 (EDJ 2016/212982). No obstante, el TS se ha manifestado señalando que la LC no impide que declarado el concurso se ejercite por el perjudicado la acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales fundada en la causación de un daño directo a sus intereses, lo cual no obsta que en caso de no ser ejercitada el plazo de prescripción de la misma (cuatro años desde que se pudo ejercitar) quede interrumpido desde la declaración del concurso y hasta su conclusión. Vid. STS 737/2014, 22 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/261491).

⁶⁷ Vid. SAP Barcelona 279/2016, 15 de diciembre 2016 (EDJ 2016/246072).

⁶⁸ Vid. SAP Baleares 124/20145, 22 de abril de 2014 (EDJ 2014/75304). Por otra parte, señala que no se derivará responsabilidad de las posibles pérdidas derivadas de actos ordinarios de gestión.

señala que dicha legitimación corresponderá de forma exclusiva a la administración concursal (art. 48 quáter LC), pudiendo ser ejercitada independientemente de que se fundamente en daños ocasionados con anterioridad o posterioridad a dicha declaración (art. 8.7 LC).

Otra especialidad que presenta el régimen de responsabilidad cuando la empresa es declarada en concurso⁶⁹ se encuentra en el art. 60.3 LC el cual dispone que “*desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora*”.

Por otra parte, el art. 172 bis LC otorga la facultad al juez, cuando el concurso haya sido declarado culpable⁷⁰ y la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, de condenar al administrador de la persona jurídica concursada a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Correspondiendo la legitimación para solicitar la ejecución de la condena a la administración concursal (art. 172 bis 2) y siendo las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación integradas en la masa activa del concurso (art. 172 bis 3 LC).

En el caso planteado nada se indica sobre la calificación del concurso como culpable. No obstante, el art. 164 LC señala que procederá dicha calificación cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave disponiendo que, en todo caso⁷¹, el concurso se calificará como culpable cuando “*durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente⁷² del patrimonio del deudor bienes o derechos*” (art. 164. 2 aptdo. 5). Por tanto, podría considerarse que don Miguel con su conducta, al vender un bien por un precio sumamente inferior a su valor catastral sin motivo aparente, era

⁶⁹ Es necesario destacar que si la acción social fuese ejercitada con anterioridad a la declaración del concurso los autos se acumularán de oficio al concurso (art. 51.1 LC). En caso de haber optado por el planteamiento de una acción individual, la declaración del concurso no afectará a la misma y su tramitación continuará al margen del concurso. Dicha declaración tampoco impedirá que los socios o acreedores ejerciten las acciones individuales que estimen convenientes, estando atribuida la competencia objetiva a los jueces de lo mercantil. ARRIBAS HERNÁNDEZ A.: “La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, p. 105.

⁷⁰ Se requiere matizar que no hay condena si el concurso no es culpable, pero esta calificación no basta para apreciar la responsabilidad de los administradores. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 28.

⁷¹ No admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada en la norma, ya que se estima que cuando menos, constituye una negligencia grave del administrador. Vid. STS 644/20011, 6 de octubre de 2011 (EDJ 242185).

⁷² Señala la jurisprudencia que “*para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" (propósito de dañar o perjudicar) y si únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo*”. Vid. SAP Pontevedra 260/2016, 11 de mayo de 2016 (EDJ 2016/94668).

conocedor del perjuicio que esto causaría a sus acreedores. En todo caso, será el juez del concurso el encargado de apreciar la existencia de fraude.

En caso de entender que nos encontramos en esta situación, la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, la determinación de las personas afectadas por la calificación⁷³, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices⁷⁴ (art.172.2) lo que supondrá, en virtud de su aptdo. 3º *“la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”*.

Por tanto, en caso de que la sentencia de calificación señale a doña María como cómplice, perdería cualquier derecho derivado de la rescisión del contrato de compraventa, debiendo indemnizar por los daños y perjuicios causados.

3.2.2. Para la entidad de crédito:

3.2.2.1. Observaciones sobre el derecho real de hipoteca

En cuanto a la restitución del inmueble a la masa concursal por parte de doña María, hay que tener en cuenta que se ha constituido un derecho real de hipoteca sobre el mismo, inscrito en el Registro de la Propiedad, en garantía de un préstamo de 200.000 euros concedido por el Banco Santander, S.A. a doña María.

La hipoteca inmobiliaria es un derecho real de garantía que recae sobre un bien inmueble, pero esto no implica que el acreedor hipotecario obtenga la posesión del bien hipotecado sino que faculta a su titular para obtener, mediante su venta, la realización del valor de dicho inmueble. Pudiendo proceder, con el dinero así conseguido, al pago de la obligación garantizada, cualquiera que sea en ese momento el poseedor o propietario del inmueble hipotecado⁷⁵. A ello se refieren los artículos 1876 CC y 104 LH coincidentes en su literalidad: *“la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”*.

Otro rasgo característico de este derecho real es su indivisibilidad⁷⁶ y accesoriedad respecto al crédito garantizado, por lo cual que esta, en principio, no puede existir, ni ser eficaz con independencia del mismo⁷⁷. Además, se trata un derecho de constitución registral por lo que para su validez precisa ser otorgada en escritura pública e inscrita

⁷³ Esto tendrá como consecuencia la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período con las precisiones mencionadas en el art. 171.2. 2º LC.

⁷⁴ El art. 66 LC señala que: *“Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”*.

⁷⁵ DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de derecho civil (III). Derechos Reales*, Colex, Madrid, 2011, p. 542.

⁷⁶ *“Subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido”*. (art. 122 LH).

⁷⁷ DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de derecho civil (III). Derechos Reales, op. cit.*, p. 545.

en el registro de propiedad⁷⁸. Asimismo, debido al principio de especialidad o determinación (art. 12 y 19 RH), deben de estar perfectamente identificados tanto el inmueble sobre el que recae la hipoteca como el crédito garantizado y, en su caso, la suma por la que el inmueble responde.

La hipoteca se extingue por cualquiera de las causas que extinguen la obligación principal garantizada. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el art. 1156 CC, la hipoteca se extinguirá por: el pago de la deuda, su condonación, la compensación entre deudor y acreedor de la respectiva deuda en la cantidad concurrente y por novación extintiva.

Por todo lo expuesto se puede concluir que se trata de una situación que requiere una consideración especial puesto que se ha producido un cambio sustancial en el inmueble sobre el que se materializa el derecho de propiedad al verse gravado con una hipoteca garantía de un préstamo hipotecario a favor de doña María.

3.2.2.2. Condición de tercero hipotecario

El art. 34 LH otorga protección al conocido como tercero hipotecario⁷⁹ estableciendo que: *“El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.”* Añadiendo que *“la buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro”*.

De esta forma, en primer lugar, se exige la condición de tercero, es decir, alguien que no ha sido parte en el acto o contrato en el que se fundamenta la titularidad de su transferente y, además, ha de tratarse de un adquirente, pero no de cualquier derecho o posición jurídica, sino específicamente de la propiedad de una finca o un derecho real sobre ella⁸⁰. En este caso, Banco de Galicia, S.L. es adquirente en los citados términos de un derecho real de hipoteca sobre el inmueble objeto de compraventa en el contrato celebrado entre Mecánicas del Noroeste, S.L. y doña María.

En segundo lugar, es necesario, la buena fe del tercero adquirente. La buena fe se presume, por lo que es preciso desvirtuarla probando su mala fe, es decir, demostrando que el tercer subadquirente sabía o no podía desconocer cuándo contrató con la contraparte del deudor que el negocio realizado por éste y el deudor era perjudicial para la masa activa. Por mala fe, en este sentido, se entiende el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la impugnabilidad de la primera transmisión, por tanto, equivale al conocimiento o a la ignorancia culpable del perjuicio económico que el acto

⁷⁸ DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de derecho civil (III). Derechos Reales, op. cit.*, p. 549.

⁷⁹ *“El concepto de tercero no se halla en la LH; se entiende por tal el que no ha sido parte en el negocio jurídico que ha sido inscrito; este tercero, al adquirir un derecho real pleno o limitado partiendo del derecho inscrito y de su titular, es el tercero adquirente; y si éste adquiere de buena fe y a título oneroso, es el tercero hipotecario”*. Vid. STS 355/2007, 20 de marzo de 2007 (EDJ 2007/16941).

⁸⁰ DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de derecho civil (III). Derechos Reales, op. cit.*, p. 366.

de disposición del deudor causó para la masa activa y, por tanto, de su posible impugnabilidad⁸¹.

En cuanto al momento en el que debe de concurrir la buena fe, el art. 34 LH no especifica un momento exacto. Pese a esto, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la buena fe se refiere al momento de la adquisición del derecho real⁸². Sin embargo, también existen sentencias que se inclinan por considerar que la buena fe debe concurrir en el momento de la inscripción⁸³. Incluso, en el caso del derecho real de hipoteca, al tratarse de un derecho para el que rige la inscripción constitutiva, también se llega a considerar ambos momentos⁸⁴.

En el supuesto planteado, nada parece indicar que Banco de Santander, S.A. conociese el origen del inmueble sobre el que doña María constituyó la hipoteca ni mucho menos el posible perjuicio económico que el acto de disposición pudo causar en la masa activa, por tanto, operando la entidad de crédito, dentro de las operaciones propias de su actividad y presuponiéndose que actuó de buena fe.

En tercer lugar, se exige que el título que el tercero inscribe sea válido y eficaz no pudiendo suponer la inscripción la convalidación de los actos y contratos que sean nulos conforme a las leyes (art. 33 LH) lo que resulta extensible a cualquier otra causa de ineficacia de los mismos (art. 37 LH). Por no existir indicios que permitan dudar de la validez o eficacia del título inscrito por el Banco Santander, S.A. se entenderá cumplido también este punto.

El cuarto requisito planteado deriva de la dicción literal del propio artículo, que establece la necesidad de que se adquiera el derecho “*de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*”. Requisito cumplido en el supuesto planteado ya que tras la formalización de la compraventa mediante escritura pública otorgada el 10 de abril del año 2014, se procedió a la modificación de la titularidad registral del inmueble.

Asimismo, en quinto lugar, se exige que la adquisición del tercero sea a título oneroso ya que, el último párrafo del artículo 34 señala que “*los adquirentes a título gratuito, no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente*”. Por título oneroso hay que entender aquel que exige al tercero adquirente algún tipo de contraprestación o sacrificio económico⁸⁵ y siendo reconocido tal carácter al contrato de préstamo bancario⁸⁶.

Finalmente, es preciso que el tercero inscriba su propia adquisición, lo cual también se cumple puesto que se procedió a la inscripción del derecho de hipoteca a favor de Banco Santander, S.A. el día 25 de enero de 2015.

⁸¹ BUSTILLO SAIZ, M^a del M.: *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa de la Ley concursal*, op. cit., p. 608.

⁸² Vid. STS 24 de octubre de 1989 (EDJ 1989/9428).

⁸³ Vid. STS 366/2000, 7 de abril de 2000 (EDJ 2000/5912).

⁸⁴ Vid. STS 451/2006 de 4 de mayo de 2006 (EDJ 2006/59544).

⁸⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Artículo 34”, en AA. VV, *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 560.

⁸⁶ Vid. SAP Burgos 40/2012, 2 de febrero de 2012 (EDJ 2012/13893) y SAP Valencia 43/2013, 5 de febrero de 2013 (EDJ 2013/56818), entre otras.

Por tanto, podemos concluir que Banco Santander, S.A. tiene la condición de tercero hipotecario en las condiciones descritas en el art. 34 LH, consagrándose el efecto jurídico previsto de ser este tercero mantenido en su adquisición, en los términos que resulten del Registro.

En este sentido, es necesario hacer referencia al art. 37 del mismo texto legal donde se señala que: *“las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley”*. Se exceptúa de esa regla general: *1º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro*.

De esta forma, la acción rescisoria no perjudicará a terceros que reúnan la condición de tercero hipotecario, excepto cuando en el momento de la adquisición estuviera anotada preventivamente⁸⁷ la demanda de rescisión en el folio del inmueble objeto de la enajenación⁸⁸.

Recapitulando, en virtud del art. 73 LC la consecuencia propia de la rescisión sería la reintegración de las prestaciones recibidas por las partes a causa del contrato que se rescinde, con sus frutos e intereses. Produciéndose en este caso una situación particular puesto que se ha producido un cambio sustancial en el bien sobre el que se materializa el derecho de propiedad del inmueble al verse gravado con una hipoteca garantía de un préstamo hipotecario. Estando protegido el titular de tal derecho por la protección registral prevista en el art. 34 LH.

Señala la Audiencia Provincial de Alicante que, en estos casos, el cumplimiento del deber de restitución adiciona una responsabilidad económica que deriva de la carga real de modo que para que la restitución tenga lugar en modo equivalente a lo percibido en su día debe satisfacerse el valor del gravamen junto a la devolución del bien gravado.

Argumenta en este sentido que *“el deber de abono por los adquirentes de la hipoteca constituida sobre inmueble dimana de la consideración de que el efecto natural y regular de la rescisión es la restitución de la prestación, restitución que ha de ser propia, es decir, de lo percibido en su día y por tanto, con devolución en identidad de estado, condiciones, naturaleza y valor, tanto jurídico y económico”*⁸⁹.

De esta forma, doña María debería satisfacer al titular de la hipoteca el crédito que garantiza, restituyendo la propiedad libre de cargas o hacer entrega, junto con la vivienda grabada, del importe de la hipoteca y cuantos gastos conlleve su total liberación, quedando asegurado, en todo caso, el derecho real de Banco de Santander, S.A.

⁸⁷ Art. 42 LH *“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real”*.

⁸⁸ Por no ofrecer información sobre este punto en el supuesto, se resolverá el caso suponiendo que no existió dicha anotación preventiva.

⁸⁹ Vid. SAP 136/2008, 9 de abril de 2008 (EDJ 2008/83276).

4. CAPÍTULO III: CONTRATO DE SUMINISTRO

4.1. Naturaleza y características del contrato de suministro

El contrato celebrado entre Mecánicas del Noroeste, S.L. y Eléctricas Renovables, S.A. constituye un contrato de suministro en virtud del cual Eléctricas Renovables, S.A. se compromete contractualmente a suministrar energía eléctrica de forma continuada al suministrado, Mecánicas del Noroeste, S.L.

Se trata de un contrato atípico, mediante el cual una persona, suministrador o proveedor, se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra, suministrado, prestaciones periódicas y teniendo por función la satisfacción de necesidades continuas del suministrado de forma que atienda un interés duradero⁹⁰.

El Código Civil no cuenta con una definición general de dicho contrato, sino que hay que acudir al art. 9.3 aptdo. a) de la Ley de Contratos del Sector Público⁹¹, para encontrar una definición legal del mismo: “*se considerarán contratos de suministro los siguientes: a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente*”.

Por su parte, la jurisprudencia define el mismo como un contrato “*bilateral, oneroso, sinalagmático y, especialmente, de tracto sucesivo*”⁹², que se perfecciona por el mero consentimiento en el que la entrega no es un elemento formativo, sino más bien de ejecución⁹³.

De esta forma, constituye un contrato único y no un conjunto de contratos que se suceden en el tiempo⁹⁴ lo que permite diferenciarlo de la compraventa⁹⁵, dotando al suministrado de la seguridad de la recepción de las cosas y procurando al suministrador un cálculo fijo o predeterminado de la colocación de su producto⁹⁶.

⁹⁰ Vid. STS 1046/1996, 2 de diciembre de 1996 (EDJ 1996/8350).

⁹¹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁹² Tienen tal carácter los contratos por los cuales “*un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable, dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato*”. Vid. STS 161/2012, 21 de marzo de 2012 (EDJ 2012/118063).

⁹³ Vid. SAP Pontevedra 577/2010, 29 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/308073).

⁹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil Vol. II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 287.

⁹⁵ En la compraventa la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero referidos en cualquier caso a una cosa unitaria, y en el de suministro las entregas se producen sucesivamente, así como su pago en períodos determinados. Vid. SAP Asturias 216/2005, 9 de junio de 2005 (EDJ 2005/88181). Pese a todo, las semejanzas entre ambos contratos han llevado al TS a aplicar reglas que regulan la compraventa al contrato de suministro. Vid. STS 590/2002, 13 de junio de 2002 (EDJ 2002/22230) y STS 340/2003, 3 de abril de 2003 (EDJ 2003/6543), entre otras. Sin embargo, como reconoce este órgano la aplicación de las normas del contrato de compraventa no puede ser automática, sino que habrá que apreciar si existe identidad de razón. Vid. STS 924/2006, 27 de septiembre de 2006 (EDJ 2006/269913).

⁹⁶ GADEA, E.; GAMINDE, E. y REGO, A.: *Derecho de la contratación mercantil*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 146.

Este tipo de contrato se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). En su defecto, por la normativa de la compraventa (art. 1445 y ss. CC) y, en su caso, si es mercantil⁹⁷ por el art. 325 y ss. del CCom., y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos⁹⁸.

En este caso, nos hallamos ante un contrato de suministro que se enmarca en la actividad comercial de ambas empresas, por tanto, ante un contrato de suministro de naturaleza mercantil, dado que ambas partes son comerciantes⁹⁹.

Mediante la aceptación del mismo el suministrado se compromete a pagar el precio en la forma pactada y recibir las mercancías. Por su parte, la obligación fundamental del suministrador es entregar las cosas objeto de contrato, en la calidad, cantidad y tiempo fijados.

En cuanto a la delimitación del objeto del suministro, la misma puede hacerse de forma directa, señalando un número, peso o medida en relación con una unidad de tiempo en la que hayan de ser entregados; o bien de forma indirecta, acordando las partes que sea el suministrado el que pida en cada momento la cantidad que le ha de ser entregada en esa unidad de tiempo o a demanda¹⁰⁰. Por lo que respecta a la calidad, esta será la convenida entre las partes, siendo de aplicación en caso de no haber pacto expreso el art. 1167 CC¹⁰¹.

Por lo que respecta a la duración del contrato, en principio nada se opone a que se celebre por tiempo indeterminado, si bien lo más habitual es fijar un periodo inicial que se prorroga. Por otro lado, si el pacto es de duración determinada puede ser celebrado tanto en relación a una concreta fecha o duración desde la fecha del primer suministro, o bien con referencia a un determinado acontecimiento¹⁰².

La naturaleza duradera de este contrato, ha llevado a los tribunales a considerar pertinente en ocasiones la aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰³. La referida cláusula tiene efectos modificativos del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio obligacional instaurado, pero no autoriza la extinción o resolución de la

⁹⁷ Habrá que considerar mercantil, por ejemplo, el caso del suministro concluido entre dos empresarios, que recae sobre materias primas que se transforman, o que se incorporan en el proceso productivo; mientras que serán por regla general civiles los suministros celebrados entre un empresario y quien no lo es. BROSETA PONT, M. y MARTINEZ SANZ, F.: *Manual de derecho mercantil. Vol. II: Contratos mercantiles, derecho de títulos valores, derecho concursal*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 104.

⁹⁸ Vid. STS 91/2002, 7 de febrero de 2002 (EDJ 2002/1358).

⁹⁹ En este sentido, el art. 1 CCom señala: “*Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente*”.

¹⁰⁰ Contrato de suministro (Derecho mercantil). Guías jurídicas Wolters Kluwer.

¹⁰¹ El citado artículo establece que: “*Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior*”.

¹⁰² Contrato de suministro (Derecho mercantil). Guías jurídicas Wolters Kluwer.

¹⁰³ Vid. STS 45/1985, 25 de enero de 1985 (EDJ 1985/7113). La cláusula hace referencia a la posibilidad que tienen los jueces de revisar los contratos y dejar sin efecto parte de los mismos. De este modo, pueden ser modificadas judicialmente las prestaciones del contrato cuando se haya producido una alteración sobrevenida e imprevisible en las circunstancias que dé lugar a un desequilibrio grave en las prestaciones. Siendo de aplicación de modo preferente en aquellos contratos que, por su naturaleza, están más expuestos a los cambios en las circunstancias sobre las cuales se perfeccionaron, como es el caso del contrato de tracto sucesivo. GADEA, E.; GAMINDE, E. y REGO, A.: *Derecho de la contratación mercantil*, op. cit., p.150.

relación por la alteración sobrevenida de la base negocial¹⁰⁴. Asimismo, hay que señalar que la doctrina “*aliud pro alio*” también es aplicable a los contratos de suministro¹⁰⁵.

En lo referente a la extinción del contrato, podrá extinguirse por el transcurso del plazo pactado, cuando se conviene por tiempo determinado; por denuncia del contrato, cuando se conviene por tiempo indefinido; por resolución por incumplimiento de una de las partes o por imposibilidad¹⁰⁶. De esta forma, cuando se trate de un suministro por tiempo indefinido, terminará con el desistimiento de alguna de las partes, que no requiere justa causa pero debe respetar un plazo de preaviso por exigencias de la buena fe (art. 7.1 y 1258 CC y art. 57 CCom)¹⁰⁷, que será el que se hubiera pactado o un plazo razonable en función de la naturaleza de los bienes suministrados y la periodicidad del suministro¹⁰⁸.

En lo que respecta al incumplimiento por el suministrador de su obligación de entrega, puede darse con respecto a una de las prestaciones, o con respecto a todas ellas¹⁰⁹. La resolución del contrato en este caso afecta a la prestación que se considera incumplida y a las posteriores, pero no a las anteriores cumplidas correctamente. Por otro lado, por el principio de equivalencia de prestaciones, el suministrador podrá suspender la entrega de las prestaciones en el supuesto de que el suministrado no haya pagado las anteriores. Suspensión cuyos efectos y alcance pueden estar previstos en el contrato o bien en disposiciones administrativas, como acontece, en el suministro de energía eléctrica¹¹⁰.

4.2 Eficacia de la cláusula contenida en el contrato

Por lo que respecta a eficacia de la cláusula contenida en contrato por la cual “*en todo caso eléctricas Renovables, S.A. se reserva el derecho de rescindir unilateralmente el contrato de suministro con Mecánicas del Noroeste, S.L. para el caso en el que esta última sea declara en concurso de acreedores*”; la Ley Concursal es meridianamente clara en este aspecto al establecer en su art. 61.3 sobre la Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas lo siguiente: “*Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de*

¹⁰⁴ Vid. STS 29/1996, 29 de enero de 1996 (EDJ 1996/150).

¹⁰⁵ En este sentido, SAP Alicante 478/2013, 23 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/218095): “*es aplicable en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato*”.

¹⁰⁶ GADEA, E.; GAMINDE, E. y REGO, A.: Derecho de la contratación mercantil, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁷ JUAN Y MATEU, F.: “Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 510.

¹⁰⁸ Contrato de suministro (Derecho mercantil). Guías jurídicas Wolters Kluwer.

¹⁰⁹ Sin embargo, el incumplimiento de alguna de las prestaciones no supone un incumplimiento que permita al suministrado pedir la resolución del contrato, sino que ésta sólo puede exigirse cuando el incumplimiento sea de tal entidad que cree en el suministrado un sentimiento de inseguridad o falta de confianza sobre el cumplimiento de las restantes prestaciones. SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil Vol. II, op. cit.*, p. 289. También en SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil TOMO II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 186.

¹¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil Vol. II, op. cit.*, pp. 288-290.

la declaración de concurso de cualquiera de las partes". Siendo el contrato válido y desapareciendo del mismo dicha cláusula¹¹¹.

El fundamento de este precepto se encuentra en la lógica de que la declaración del concurso somete a los acreedores del deudor a un procedimiento único para todos ellos. Por lo tanto, la posición en la que se encuentren al declararse el concursado es la que se tiene para toda la duración del mismo¹¹².

Pese a esto, la propia Ley Concursal en su art. 63 LC señala que lo previsto en los artículos precedentes no afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes. En este sentido, los supuestos más desatacados son los siguientes:

1º) Los contratos administrativos, en los que la potestad administrativa de resolución de contrato en caso de concurso del contratista es discrecional durante la fase común, siendo preceptiva en caso de liquidación (apdo. 2 y 5 del art. 224 LCSP¹¹³).

2º) El contrato de agencia, cuya regulación específica atribuye a cualquiera de las partes la facultad de extinguir el contrato "*cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso*" (art. 26.1.b Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia).

3º) El contrato de seguro, conforme al art. 37 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, según la cual los art. 34 a 36 de la citada Ley (sobre rescisión de contratos) se aplicarán "*en caso de muerte del tomador del seguro o del asegurado y, declarado el concurso de uno de ellos, en caso de apertura de la fase de liquidación*".

4º) El contrato de mandato, según lo establecido en el art. 1732 CC, en virtud del cual el contrato de mandato se extingue "*por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario*".

5º) Los contratos y pactos sometidos al art. 3 del RDL 5/2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública¹¹⁴.

Por lo que respecta al contrato de suministro, no es objeto de ninguna especialidad, por lo que la cláusula establecida por Eléctricas Renovables, S.A. se tendrá por no puesta careciendo de cualquier tipo de efecto y, por supuesto, no facultando a la empresa a resolver unilateralmente el contrato para el caso de que Mecánicas del Noroeste, S.L. fuese declarada en concurso de acreedores.

4.3 Resolución unilateral en sede concursal de los contratos de tracto sucesivo

4.3.1. Resolución contractual por incumplimiento

En primer lugar, hay que señalar que las causas de extinción propias de un contrato de estas características comentadas anteriormente siguen siendo de aplicación pese haber sido declarado el concurso¹¹⁵.

¹¹¹ Vid. STS 68/2013, 26 de febrero de 2013 (EDJ 2013/30526).

¹¹² VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas", en AA. VV, *Comentarios sobre la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 703.

¹¹³ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

¹¹⁴ Dicho artículo se refiere a acuerdos de compensación contractual financieros, acuerdos de garantías financieras, y las propias garantías financieras, concertados por los sujetos indicados en el art.4 del RDL 5/2005.

¹¹⁵ JUAN Y MATEU, F.: "Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora", *op. cit.*, p.509.

Sin embargo, la Ley Concursal prevé una serie de disposiciones propias en esta materia. De esta forma, en su art. 61.2 dispone que *“La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”*. Estableciendo que las prestaciones a las que esté obligado el concursado serán con cargo a la masa, por tanto, siendo prededucibles y no estando integradas en el concurso¹¹⁶.

Asimismo, tampoco afecta a la duración del contrato que se hubiera pactado, manteniéndose la independencia de la duración del contrato y del concurso, por lo que el suministro podrá sobrevivir al concurso o, por el contrario, extinguirse durante el procedimiento concursal¹¹⁷.

El principio, por tanto, es el de vigencia y conservación de los contratos, aunque supone una excepción a este principio el art. 63 del mismo texto legal por el cual: *“Lo establecido en los artículos anteriores no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley”*.

Recordamos nuevamente que en este caso nos encontramos ante un acto de comercio, estableciendo el CCom. en su art. 2 que se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. En este caso, al tratarse de una obligación recíproca¹¹⁸ hay que acudir al art. 1124 CC el cual señala que: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”*¹¹⁹. Además, ofrece la posibilidad al perjudicado de escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Pudiendo pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. En este caso, Mecánicas del Noroeste, S.L., en su condición de suministrado, incumple su obligación principal que no es otra que el pago del precio convenido.

Por otra parte, el art. 62 LC versa sobre la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes¹²⁰. En este sentido, establece que *“la declaración*

¹¹⁶ Por tanto, su crédito no será tratado como un crédito concursal ni quedará sometido a sus reglas (suspensión del devengo de intereses, prohibición de compensación y de retención, interrupción de la prescripción). ANTÓN SANCHO, M.: “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 298.

¹¹⁷ JUAN Y MATEU, F.: “Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora”, *op. cit.*, p. 509.

¹¹⁸ *“Caracterizada por la interdependencia o nexo causal que vincula la prestación de cada una de las partes con la correspondiente a la otra, en el sentido de que actúan mutuamente como causa o contravalor o contraprestación de la opuesta.”* Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil 1/2008, 2 de enero de 2008 (EDJ 2008/318783).

¹¹⁹ Para que la acción pueda prosperar es preciso que cumpla los siguientes requisitos: la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron; la reciprocidad de las prestaciones estipuladas, así como su exigibilidad; que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían; que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso. SAP Pontevedra 577/2010, 29 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/308073).

¹²⁰ Nada dice el art. 62 LC acerca de la posibilidad de exigir el cumplimiento, pero parece lógico que la facultad alternativa de exigir el cumplimiento o instar la resolución prevista en el art. 1124 CC se

de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del art. precedente (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". Estableciendo a continuación que *"la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal"*. (art. 62.2 LC).

Por tanto, puede afirmarse que la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo y, en este contexto, es irrelevante que el incumplimiento resolutorio, tanto del concursado como del tercero, se hubiera producido antes o después de la declaración de concurso. En estos contratos el incumplimiento no se produce una sola vez, al no existir una única obligación, para cada una de las partes, sino una secuencia de ellas de modo sucesivo o periódico, de modo que, tras la declaración de concurso el incumplimiento se sigue manteniendo. De esta forma, el incumplimiento anterior, se transforma en un incumplimiento actual¹²¹.

Es necesario señalar que las parejas de prestaciones correspondientes ya cumplidas en el caso de contratos de tracto sucesivo han supuesto una satisfacción del interés de las partes, y por ello para ellas no opera la restitución¹²², por lo que la resolución solo tendrá efectos ex nunc, es decir, liquidatorios¹²³.

En cuanto a los requisitos para poder solicitar la resolución del contrato, es preciso que el cumplimiento sea grave y esencial. No bastando con cualquier incumplimiento, sino que se precisa la frustración del fin del contrato¹²⁴. De esta forma, es necesario un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que frustre el fin contractual¹²⁵.

En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid¹²⁶, hace referencia al impago de dos facturas consecuencia de un contrato de suministro de energía eléctrica con anterioridad a la declaración del concurso de la mercantil deudora, resolviendo que *"no puede calificarse de incumplimiento contractual grave que permita a la parte demandante obtener un pronunciamiento resolutorio. Y ello porque nos hallamos ante la presencia de un mero retraso en el pago que en ningún caso puede sostener que frustra el fin contractual de ninguna de las partes"*.

mantenga en el concurso. ANTÓN SANCHO, M.: "Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores", *op. cit.*, p. 308. Hay que señalar que, si ante el incumplimiento la contraparte decide exigir el cumplimiento, en vez de resolver, sería como crédito contra la masa (61.1.2 LC).

¹²¹ ANTÓN SANCHO, M.: "Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores", *op. cit.*, p. 312.

¹²² VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas", *op. cit.*, p. 699.

¹²³ Se extingue el contrato desde el momento de la resolución, lo que implica que no nacen más obligaciones en los futuros periodos; a su vez respecto de aquellas obligaciones pendientes de cumplimiento por uno de los contratantes se exige su cumplimiento, si están incumplidas por ambas partes, se extinguen. ANTÓN SANCHO, M.: "Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores", *op. cit.*, p. 315.

¹²⁴ BLASCO GASCÓ, F. D.: *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 91.

¹²⁵ Vid. SAP Murcia 79/2006, 10 de marzo de 2006 (EDJ 2006/50941).

¹²⁶ Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil Madrid 68/2005, 15 de abril de 2015 (EDJ 2005/60597).

Señala BLASCO GASCÓ¹²⁷ que los retrasos devienen irrelevantes a efectos resolutorios desde la declaración en concurso de la deudora pues tal declaración impide, como regla general, afrontar el pago de cualquier crédito nacido con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, quedando integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 LC). De esta forma, el retraso inicial en el pago de las facturas cesa como tal retraso en el momento de la declaración del concurso, puesto que la concursada se ve impedida de afrontar el pago como consecuencia de tal declaración.

En todo caso, será el juez del concurso el encargado de comprobar que realmente exista un incumplimiento de entidad precisa, y de constatar su existencia aceptará la resolución, sustanciándose por los trámites del incidente concursal (art. 62.2 LC).

En el supuesto planteado, se desconoce la cuantía de las facturas debidas, así como el retraso en el pago, pero según lo comentado anteriormente no se podrá proceder a la resolución del contrato a no ser que se entienda que se trate de un incumplimiento capaz de producir una grave consecuencia en el funcionamiento de la relación.

En caso de entender que si es procedente la resolución del contrato "*quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento y en cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso, si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.*" (art. 62.4 LC). La razón de la diferencia recae en que en el primer caso la resolución tiene lugar por un hecho preconcursal, por lo que el origen del crédito se halla antes del concurso y el crédito de restitución es preconcursal; mientras que, en el segundo caso, la causa de la resolución es postconcursal, y, por lo tanto, el crédito tiene la consideración de crédito contra la masa¹²⁸. En este caso, el incumplimiento se produce antes de la declaración del concurso, por tanto, teniendo la consideración de crédito concursal.

4.3.2. Cumplimiento forzoso del contrato

Pese a lo comentado en el apartado anterior, la propia Ley Concursal establece la posibilidad de que "*aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, pueda acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*" (art. 62.3 LC)¹²⁹.

¹²⁷ BLASCO GASCÓ, F. D.: *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, op. cit., p. 191.

¹²⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "Artículo 62. Resolución por incumplimiento", en AA. VV., *Comentarios sobre la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 715.

¹²⁹ Esta disposición ha de ser interpretada de forma que el ejercicio de esta facultad se condiciona a que la masa activa resulte suficiente para satisfacer las deudas de la masa, entre las que queda incluida la derivada del contrato cuya resolución ha sido solicitada, pues en caso contrario la parte cumplidora sí podría resolver el contrato. ZURUTUZA ARIGITA, I.: *La rehabilitación de los contratos en el concurso*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016., p. 37.

Dicha facultad se ejercerá cuando concurren los siguientes presupuestos¹³⁰: incumplimiento resolutorio de la relación, resolución por incumplimiento¹³¹, interés para el concurso y cuando sea la compañía suministradora la que inste la resolución del contrato, se requiere que el concursado o la administración concursal soliciten la enervación judicial de la resolución ya que es dudoso que el juez pueda acordar el mantenimiento del suministro actuando de oficio¹³².

Este artículo tiene su fundamento en el principio de empresa en funcionamiento presentado en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal que señala “*la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor*” y “*la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa [...] con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa*”. Del mismo modo, el art. 44 LC determina que la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad del deudor.

Por tanto, el juez podría acordar el cumplimiento del contrato por parte de Energías Renovables, S.A., aun cuando se haya producido el incumplimiento por parte de Mecánicas del Noroeste, S.L., si entiende que resulta de interés para el concurso¹³³. En el presente caso, al tratarse de un contrato de suministro eléctrico es meridianamente clara la necesidad del mismo para continuar con la actividad productiva de la empresa por lo que el juez fácilmente podría acordar el cumplimiento forzoso del contrato de suministro por parte de la suministradora¹³⁴.

En cuanto a la integración de las prestaciones debidas en la masa del concurso, la doctrina y las decisiones de los tribunales se muestran divididas sobre el significado que debe darse a la expresión “prestaciones debidas” ya que, mientras un sector sostiene que se refiere a las que “deba realizar el concursado” y, en consecuencia, a las generadas después de declarado en concurso¹³⁵, argumentando que una deuda

¹³⁰ JUAN Y MATEU, F.: “Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora”, *op. cit.*, p. 512-514.

¹³¹ Este requisito impide imponer el cumplimiento forzoso cuando se trate de una causa de extinción diferente, como, por ejemplo, el transcurso del plazo convenido. JUAN Y MATEU, F.: “Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora”, *op. cit.*, p. 512.

¹³² En sentido contrario opina BLASCO GASCÓ reconociendo la facultada al juez para actuar de oficio. BLASCO GASCÓ, F. D.: *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, *op. cit.*, p. 68.

¹³³ Asimismo, la LC prevé que el suministrador que obstaculice de forma reiterada el cumplimiento del suministro en perjuicio del interés del concurso, se expone incluso a que los créditos derivados del contrato a su favor sean calificados como subordinados (art. 92.7 LC).

¹³⁴ Resuelve en este sentido, STS 161/2012, 21 de marzo de 2012 (EDJ 2012/118063) donde se obliga cumplimiento forzoso por ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. del contrato de suministro de energía eléctrica a las instalaciones de FUNDICIONES CAETANO S.A., en similares términos, fallando que el pago de la totalidad del crédito que ostenta ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. contra FUNDICIONES CAETANO S.A., tanto anterior como posterior a la declaración del concurso, debe ser con cargo a la masa. Para profundizar en el contrato de suministro eléctrico y obtener más información sobre toda la casuística en este tema se recomienda consultar: GONZÁLEZ NAVARRO, B.A.: “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 25, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 207- 235.

¹³⁵ Vid. Sentencia Juzgado de lo Mercantil Barcelona 114/2005, 21 de julio de 2005 (EDJ 2005/114111), Sentencia Juzgado de lo Mercantil de lo Mercantil Córdoba 37/2005, 8 de julio de 2005 (EDJ 2005/149821) y SAP Sevilla 579/2008, 9 de diciembre de 2008 (EDJ 2008/353889), entre otras.

preconcurso no puede ser crédito contra la masa ya que sería injusto y discriminatorio para los demás acreedores concursales. Otra corriente entiende que el precepto debe interpretarse en su sentido literal, comprensivo de la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores¹³⁶. En este sentido, VALPUESTA GASTAMINZA considera que debido a que se está obligando a la parte *in bonis* a mantener vigente el contrato privándosele del derecho que tiene de resolver en virtud del art. 1124 CC y 62.1 LC, el juez debe garantizar al menos a la contraparte que todo, lo debido y lo por deber, se le satisfará con cargo a la masa¹³⁷.

En todo caso, la decisión judicial podrá incluir una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, indemnización que seguirá el régimen de la obligación principal¹³⁸.

5. CAPÍTULO IV: ILÍCITO PENAL

5.1 Consideraciones previas

Para analizar la existencia de algún ilícito penal en las últimas actuaciones entre Mecánicas del Noroeste, S.L y Hierro, S.L. es necesario poner de relieve varias cuestiones fundamentales. En primer lugar, el conocimiento pleno por parte de don Miguel de la mala situación económica por la que atravesaba la empresa, su posible insolvencia y la imposibilidad actual de afrontar pagos pendientes con diversos proveedores. En segundo lugar, la relación de confianza fraguada con el paso de los años entre ambas empresas, fruto de realizar una serie de operaciones comerciales exitosas en el pasado.

Asimismo, la justificación a la que se alude para proceder a la celebración del contrato, de cuantía manifiestamente superior a la habitual, no es otra que la necesidad de atender a un nuevo contrato firmado con una tercera empresa, contrato que nunca existió y que, por tanto, responde a una artimaña urdida por don Miguel para justificar un pedido de cuantía superior sin que Hierro, S.L. pudiese detectar nada inusual en dicha transacción.

Se desconoce el hecho de que Hierro, S.L. estuviese al corriente de la grave situación económica por la que atravesaba su socio, pero don Miguel, con su actuación como administrador único, presenta una imagen de plena solvencia exhibiendo una oportunidad de negocio con una tercera empresa referente en el sector y, por tanto, no habiendo ningún tipo de motivo conocido para que Hierro, S.L. se plantease la veracidad de los hechos.

De esta forma, en atención al contrato celebrado entre Hierro, S.L. y Mecánicas del Noroeste, S.L., la primera procede a cumplir con su obligación contractual entregando la mercancía convenida mientras que la segunda no llega a atender el pago pese a ser requerido a ello.

5.2 Delito de estafa

El art. 248 del Código Penal establece que: *“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.”*

¹³⁶ Vid. SAP Barcelona 258/2014, 23 de julio de 2014 (EDJ 2014/156695).

¹³⁷ VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, *op. cit.*, p. 712.

¹³⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, *op. cit.*, p. 715.

Los elementos de este delito se perfilan jurisprudencialmente bajo las siguientes pautas¹³⁹: existencia de una verdadera acción engañosa, precedente o concurrente, que viene a constituir su *ratio essendi*, realizada por el sujeto activo con el fin de enriquecerse él mismo o un tercero (ánimo de lucro); acción engañosa adecuada, eficaz y suficiente para provocar un error esencial en el sujeto pasivo; acto de disposición o desplazamiento patrimonial realizado por el sujeto pasivo, consecuencia de ese error, que origine un desplazamiento patrimonial; relación de causalidad entre el engaño de una parte, y el acto dispositivo y perjuicio de otra.

A continuación, se procederá a identificar cada uno de los elementos descritos en la conducta expuesta. En cuanto al primer requisito, en palabras del TS el engaño es “*cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del error del engañado y del aprovechamiento patrimonial por parte del agente en perjuicio de otro*”¹⁴⁰. Haciendo extensible dicho concepto a “*cualquier falta de verdad o simulación*”¹⁴¹. Asimismo, en la STS de 2 junio 2016¹⁴², se expresa que “*no solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado*”¹⁴³.

En el caso planteado don Miguel falta a la verdad de forma plenamente consciente justificando una mayor compra de mercancía en base a un contrato inexistente con una tercera empresa. Además, don Miguel, pese a ser consciente de la mala situación económica de la empresa y de la más que probable imposibilidad de satisfacer los pagos adeudados, omite comunicar tal hecho a su proveedor, datos que de ser conocidos por Hierro, S.L. habrían influido en su decisión de contratar con Mecánicas del Noroeste, S.L.

En lo referente al momento en el que debe cometerse el engaño, la corriente jurisprudencial mayoritaria indica que el artificio engañoso tiene que anteceder o ser concurrente, no valorándose penalmente el *dolo subsequens*, esto es, el sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate¹⁴⁴. De esta forma, también se cumple el requisito temporal puesto que el engaño se produce antes de la celebración del contrato entre ambas empresas y de que, por tanto, se produjera el correspondiente desplazamiento patrimonial.

Por lo que respecta a que se trate de una acción engañosa adecuada, eficaz y suficiente para provocar un error esencial en el sujeto pasivo la jurisprudencia exige valorar la

¹³⁹ Vid. STS 278/2010, 15 de marzo de 2010 (EDJ 2010/31677).

¹⁴⁰ Vid. STS 1061/2005, 30 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/157529).

¹⁴¹ Vid. STS 79/2000, 27 de enero de 2000 (EDJ 2000/638).

¹⁴² Vid. STS 475/2016, 2 de junio de 2016 (EDJ 2016/79342).

¹⁴³ En este sentido se consideran engaños activos aquellos en los que el autor realiza una acción que por su significación social (acción concluyente) implica la afirmación de circunstancias que son relevantes para la decisión de la disposición patrimonial de la otra parte. Vid. STS 1216/1998, 21 de octubre de 1998 (EDJ 1998/18864) y STS 621/2014, 23 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/176235).

¹⁴⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, *op. cit.*, 2016, p. 389. En similares términos se pronuncia el TS en STS 1316/2013, 6 de marzo de 2014 (EDJ 2014/30174).

idoneidad objetiva de la maniobra engañosa y relacionarla con la estructura mental de la víctima y con las circunstancias en las que el hecho se desarrolla, por tanto, con arreglo a un baremo mixto objetivo- subjetivo¹⁴⁵.

En este caso, cabe plantearse si Hierro, S.L. podía haber evitado el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le imponía, pues no será de apreciar un engaño bastante si no hubiera adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venía obligado por su profesión o por su situación previa al negocio jurídico¹⁴⁶. De los hechos expuestos nada parece indicar que Hierro, S.L. tuviera motivos para sospechar de la inexistencia del contrato de suministro de mercancía, ni de la capacidad de la empresa de hacer frente a sus proveedores. Hay que destacar que Hierro, S.L. lleva a cabo una operación comercial habitual con un socio de confianza estando plenamente justificado un incremento de la cantidad de mercancía por la supuesta nueva oportunidad de negocio de Mecánicas del Noroeste, S.L. Por tanto, no hay ningún indicio que haga sospechar que Hierro, S.L. actuó negligentemente.

En cuanto a la realización de un acto de disposición, consecuencia del error, que origine un desplazamiento patrimonial. Efectivamente, en los hechos descritos puede comprobarse como Hierro, S.L. en cumplimiento de su obligación contractual procede a entregar la mercancía establecida en el contrato sin recibir en ningún momento la contraprestación pactada.

En lo que atañe al ánimo de lucro, implica que correlativamente al perjuicio ha de producirse un provecho para el autor del engaño o un tercero, siendo este provecho la finalidad del autor al cometer el delito¹⁴⁷. En este caso, el provecho se produce al poder disponer de la mercancía objeto de contrato.

Respecto a la exigencia de una relación de causalidad entre el engaño de una parte, y el acto dispositivo y perjuicio de otra, se refiere a la necesidad de un nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultado del primero. En este caso, la estafa viene asociada a un negocio jurídico bilateral, como es el contrato celebrado entre Hierro, S.L. y Mecánicas del Noroeste, S.L. el cual conduce al desplazamiento patrimonial por parte de la primera. La jurisprudencia reconoce que cuando el delito de estafa viene asociado a un negocio jurídico bilateral, el *“engaño consistirá en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido”*¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Vid. STS 1118/2010, 10 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/279596). En otras palabras, *“la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa”*. Vid. STS 452/2011, 31 de mayo de 2011 (EDJ 2011/99655). En su aspecto subjetivo, se incide en las condiciones personales del engañado, tales como nivel cultural, edad, situación y cualesquiera datos en relación a las condiciones personales de la víctima. Vid. STS 88/2013, 17 de enero de 2013 (EDJ 2013/10437) y SAP Madrid 118/2011, 21 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/323086).

¹⁴⁶ Vid. STS 1118/2010, 10 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/279596).

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 411.

¹⁴⁸ Vid. STS 889/2006, 20 de diciembre de 2006 (EDJ 2006/353234). Asimismo, se reconoce que el engaño podrá consistir en informar falsamente o en omitir informar sobre circunstancias relevantes para la decisión de la contraparte del contrato. Vid. STS 1316/2013, 6 de marzo de 2014 (EDJ 2014/30174).

Por tanto, “cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado¹⁴⁹”. En consecuencia, el sujeto activo debe saber desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe¹⁵⁰.

De esta forma, la línea divisoria entre la estafa y el incumplimiento civil la jurisprudencia la ha fijado en el momento de aparición de la voluntad de incumplir la prestación convenida: si el ánimo de cumplir existía *ab initio* habrá estafa; si surge con posterioridad, no¹⁵¹. Asimismo, hay que hacer alusión a la función del Derecho Penal, de última ratio, y el principio de mínima intervención que lo inspira, por lo que tal y como señala el TS el reconocimiento de esta figura no supone criminalizar todo incumplimiento contractual, puesto que el ordenamiento jurídico establece remedios específicos cuando se trata de vicios puramente civiles¹⁵².

Por tanto, la responsabilidad penal por estafa exige dolo típico¹⁵³ y siendo la estafa un delito de resultado lesivo, este dolo ha de abarcar el perjuicio patrimonial. De esta forma, el dolo característico de la estafa supone, la actuación por parte del sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa y de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima¹⁵⁴. En consecuencia, si alguien engaña a otro para contratar con él, pero sin que su dolo abarque la posibilidad de perjuicio patrimonial para éste, cabrá hablar de dolo civil, pero no de estafa¹⁵⁵.

Llegados a este punto, es necesario dirimir si don Miguel, en calidad de administrador de Mecánicas del Noroeste, S.L., en el momento de celebración del contrato tenía la voluntad de incumplirlo habiendo engañado a Hierro, S.L. en este aspecto, o por el

¹⁴⁹ Vid. STS 648/1998, 12 de mayo de 1998 (EDJ 1998/2550), STS 1715/2000, 2 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/36545) y STS 4768/2016, 8 de noviembre de 2016 (EDJ 2016/196200), entre otras. Entiende el TS que “*el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido*”. Vid. STS 376/2013, 10 de mayo de 2013 (EDJ 2013/78316).

¹⁵⁰ Esto supone que la criminalización de los negocios civiles/mercantiles se produce cuando el propósito defraudatorio tiene lugar antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte. Vid. STS 977/ 2009, 22 de octubre de 2009 (EDJ 2009/245671).

¹⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, *op. cit.* 2016, p. 389.

¹⁵² Vid. STS 789/2012, 11 de octubre de 2012 (EDJ 2012/282432).

¹⁵³ Tal y como establece el TS sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Vid. STS 256/2014, 21 de marzo de 2014 (EDJ 2014/57311).

¹⁵⁴ Vid. STS 298/2003, 14 de marzo de 2003 (EDJ 2003/4267) y STS 507/2003, 9 de abril de 2003 (EDJ 2003/25314).

¹⁵⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, en *Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol.21, 2012, p. 21.

contrario, pese a la mala situación económica que atravesaba pretendía cumplir con la contraprestación establecida.

Varios son los hechos relatados por los que se puede vislumbrar la intención de incumplir el contrato en el momento de su celebración por parte de Hierro, S.L. En primer lugar, la empresa atravesaba una mala situación económica sostenida en el tiempo y de lo expuesto en el supuesto, no existen indicios de que esta pudiera mejorar. A esto se une la plena consciencia de don Miguel, que recordemos que es economista de profesión, de la imposibilidad de atender a los pagos ya comprometidos con diversos proveedores. Además, no puede deducirse que la mercancía solicitada a Hierro, S.L. respondiese simplemente a la intención de continuar con la normal actividad de la empresa ya que el pedido efectuado fue manifiestamente superior a los que se venían realizando con carácter usual entre las dos empresas, pese a haber disminuido el volumen de negocio. Justificándose ante Hierro, S.L. en base a un segundo contrato inexistente cuya alusión carece de ningún tipo de justificación dejando entrever la intención de don Miguel de engañar a Hierro, S.L. para que realizase el acto de disposición patrimonial.

De esta forma, se origina un contrato criminalizado en el que Mecánicas del Noroeste, S.L. se vale de la confianza y buena fe de Hierro, S.L. en la concertación y perfección del contrato.

En cuanto a si el delito de estafa ha sido cometido por acción u omisión, se ha admitido que en el delito de estafa la conducta del que engaña puede ser omisiva, en aquellos casos en los que el que solicita una prestación de otro con el que ha tenido vínculos contractuales anteriores de una cierta duración, omite comunicar que su situación patrimonial ha disminuido de manera relevante para el cumplimiento de la obligación que contrae¹⁵⁶. Su fundamento descansa en el art. 11 b) CP mediante el cual la creación de un riesgo respecto al bien protegido genera el deber de garantizar que ese riesgo no se realice en el resultado típico¹⁵⁷. Por tanto, don Miguel, al omitir informar a Hierro, S.L., con el que ha tenido relaciones mercantiles anteriores, circunstancias que son relevantes para decidir la celebración del contrato que se le ofrece pese a ser consciente de la inminente insolvencia de la empresa y la probable imposibilidad de pago, comete el engaño típico del delito de estafa.

Sin embargo, el TS ha manifestado la diferenciación entre la comisión por acción u omisión estableciendo que será activa la conducta cuando el autor con su comportamiento ponga en peligro el bien jurídico tutelado, es decir, con su conducta generará el perjuicio o el riesgo, y será omisiva cuando la situación de riesgo ya se ha concretado y surge entonces un deber de actuar que era obligado por la posición de garante ocupada y por el que se exige un comportamiento activo dirigido a evitar la causación del resultado¹⁵⁸. Por otra parte, el TS ha reconocido que, en ocasiones, la conducta omisiva aparece “insertada” en una actividad más compleja, debiendo

¹⁵⁶ Vid. SAP Valencia 412/2015, 26 de octubre de 2015 (EDJ 2015/290305).

¹⁵⁷ Art. 11 b) CP: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

¹⁵⁸ Vid. STS 524/2016, 16 de junio de 2016 (EDJ 2016/88661).

reputarse en su conjunto como un comportamiento activo¹⁵⁹.

En el caso planteado, el engaño omisivo, al no haber comunicado la posible insolvencia de la empresa a sabiendas de que no se iba a poder cumplir con la obligación contractual, se incardina en un engaño más complejo al haber justificado la necesidad de dicho contrato en base a un segundo contrato inexistente, por lo que ha de catalogarse como estafa activa, produciéndose la consumación del delito en el momento de recibir las mercancías entregadas por parte de Hierro S. L.¹⁶⁰.

5.3 Responsabilidad penal:

5.3.1 Autor del delito

El art. 31 CP establece que: *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*. Ahora bien, ello no implica una presunción de autoría ni que para ser considerado autor del delito correspondiente baste con ocupar el cargo de administrador o representante de la sociedad vinculada al hecho delictivo, sino que se requiere, además, que incurra en una acción u omisión que aparezca recogida en el tipo delictivo que se le atribuye.

El TC se han manifestado en este sentido indicando que lo que persigue este artículo es *“obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes”*¹⁶¹. De esta forma, el art. 31.1 CP no regula a responsabilidad de los administradores por delitos que se cometan en la empresa, únicamente pretende que no existan lagunas de punibilidad en casos en que, en el delito especial propio, la calificación de autoría recaiga en una persona jurídica. Por su parte, el TS ha apreciado que este artículo no cumple función alguna cuando el sujeto no cualificado puede ser autor por sí mismo¹⁶².

Al no tratarse el delito de estafa de un delito especial por no necesitar una específica cualificación en el agente, no será de aplicación el citado precepto siendo don Miguel culpable de un delito de estafa (248 CP)¹⁶³.

¹⁵⁹ Por ejemplo, el TS ha fallado en este sentido cuando un sujeto, presentado una relación de bienes aparenta una solvencia suficiente para afrontar una compra y realizar su pago diferido (conducta activa) ocultando asimismo la realidad de las importantes deudas que gravan su patrimonio (conducta omisiva). do que toda la actividad constituye en realidad, una maquinación. Vid. STS 1058/2010, 13 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/290500).

¹⁶⁰ La estafa se consuma cuando el agente hace suya o tiene a su disposición la cosa ajena, siendo penalmente irrelevante que el lucro o provecho perseguido se haya logrado o no. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código penal comentado*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 431.

¹⁶¹ Vid. STC 253/1993, 20 de julio de 1993 (EDJ 1993/7393).

¹⁶² *“la aplicación de este precepto requiere que el tipo penal subsumible a los hechos prevea en su redacción típica la concurrencia de unos elementos especiales de autoría”* Vid. STS 1940/2000, 18 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/67033) y STS 62/2000, 23 de enero de 2001 (EDJ 2001/2886).

¹⁶³ De acuerdo con lo establecido en el art. 249 CP: *“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador,*

Correspondiendo la aplicación del tipo agravado de acuerdo con lo recogido en el art. 250.6 CP que contempla como pena la prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando el delito de estafa se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional. En este sentido, la STS 663/2016, de 20 de julio de 2016¹⁶⁴, señala que *“la aplicación del subtipo agravado queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracterizan determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo”*.

Circunstancias que concurren en el supuesto al valerse don Miguel de una relación de confianza fraguada a raíz de trabajar conjuntamente a lo largo de los años y aprovechándose de su cargo como administrador de la sociedad.

5.3.2 Persona jurídica

En cuanto a la responsabilidad de Mecánicas del Noroeste, S.L. por la actividad realizada por don Miguel, el art. 31.bis CP señala que las personas jurídicas serán plenamente responsables de *“los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”*.

Manteniéndose la naturaleza objetiva de la acción, en cuanto a que se trate de una acción tendente a conseguir un beneficio sin la exigencia de que este se produzca resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija, de manera directa o indirecta, a beneficiar a la empresa¹⁶⁵. En este sentido, habría que dirimir si don Miguel con su actuación benefició de alguna forma a la empresa puesto que se desconoce el paradero de la mercancía suministrada por Hierro, S.L., ya que, si don Miguel actuó por cuenta propia y para obtener un beneficio personal Mecánicas del Noroeste, S.L. no sería responsable penal por dicha actuación.

El TS apunta que desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el aptdo. 1º del art.31 bis del CP pero también habrá que acreditar que ese delito cometido por la personas física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica. Siendo necesario, por tanto, que ésta no haya adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia

los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”.

¹⁶⁴ Vid. STS 663/2016, 20 de julio de 2016 (EDJ 2016/114374).

¹⁶⁵ JUAN LOZANO, A. M., y MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y su impacto en el ámbito tributario” en *Actum Fiscal*, núm. 111, 2016, p. 34.

y control para evitar los posibles resultados típicos que la persona jurídica pueda realizar en el ejercicio de su actividad¹⁶⁶.

En este sentido, el propio CP indica en su art. 31.bis aptdo. 2 que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumple una serie de condiciones detalladas en el precepto¹⁶⁷. Esta exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Estos modelos han de observar las condiciones y requisitos que establecen los apartados 2 y 5 del art.31.bis del CP, cuyo contenido será interpretado por los Fiscales, atendiendo, con las necesarias adaptaciones, a la naturaleza y tamaño de la empresa, así como a la normativa sectorial que les resulte aplicable¹⁶⁸.

Por tanto, si se apreciase que la persona jurídica no había adoptado ningún tipo de medida de control para evitar esta clase de fraudes y que por ello se había podido cometer el delito, cabría hablar de una estafa de la persona jurídica. Si, por el contrario, la empresa hubiese cumplido con sus deberes de control, no cabría imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, aunque ello no impediría que se le imputase el dolo civil¹⁶⁹.

Asimismo, tal responsabilidad únicamente podrá exigirse en los casos expresamente previstos por el Legislador, bajo un sistema “*numerus clausus*”, para una serie de delitos tasados, entre los que efectivamente se encuentra el delito de estafa (art. 251.bis). Este artículo señala que para el caso que de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esa sección, “*Sección I. De las estafas*”, se le impondrá una multa de la forma detallada en el mismo¹⁷⁰, en relación con lo dispuesto en el art. 33.7 y 66 bis CP y pudiendo ser de aplicación las circunstancias atenuantes previstas en el art. 31 quarter CP¹⁷¹.

En cuanto a la responsabilidad civil que lleva a aparejada la comisión de un delito indicada en el art. 116 CP, es el propio artículo el que en su aptdo. tercero establece que: “*La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su*

¹⁶⁶ Vid. SAP Zaragoza 176/2016, 22 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/192374).

¹⁶⁷ Las condiciones detalladas son las siguientes: el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control.

¹⁶⁸ JUAN LOZANO, A. M., y MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y su impacto en el ámbito tributario”, *op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁰ Art. 251 bis CP: “*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa del triple al quintuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.*

¹⁷¹ Colaboración con las autoridades, reparación del daño causado, aplicación de medidas para evitar delitos en un futuro, entre otras.

responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos". Es decir, incluyendo la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

6. CAPÍTULO V: IMPAGO LIQUIDACIONES IVA

6.1 Concepto de autoliquidación

El concepto de autoliquidación se utiliza en referencia a declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar.

De esta forma atendiendo a la normativa del IVA, Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido en su art. 71.3 establece que, con carácter general, el período de liquidación coincidirá con el trimestre natural, considerando la opción de liquidación mensual para determinados casos. Debiendo presentarse durante los veinte primeros días naturales del mes siguiente al correspondiente período de liquidación mensual o trimestral, según proceda, ajustándose al modelo que, para cada supuesto, determine el Ministro de Hacienda y Función Pública¹⁷².

Cuando del resultado de la autoliquidación se derive una cantidad a ingresar, no se inicia procedimiento administrativo alguno, sino que el obligado tributario, una vez determinado el importe de la cuota tributaria, debe proceder a la realización de su ingreso en el período reglamentariamente establecido, puesto que de no efectuarse el mismo se inicia el período ejecutivo, dotándose a la autoliquidación de carácter ejecutivo a pesar de que no se trata de un acto administrativo.

La deuda tributaria (art. 58 LGT) dejada de ingresar por el sistema de autoliquidación engloba: el incumplimiento de la obligación tributaria principal, consistente en el pago de la cuota tributaria; el incumplimiento de la obligación tributaria de realizar pagos a cuenta¹⁷³ de la obligación tributaria principal y el incumplimiento de la obligación tributaria accesoria consistente en el pago de los recargos que, en su caso, sean legalmente exigibles sobre las bases o sobre las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos.

6.2 Calificación jurídica del impago

El Código Penal contempla en su Título XIV "*De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*" un tipo penal que recoge la conducta de defraudar a la Hacienda Pública estatal, autonómica foral o local, por acción u omisión, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma. Sin embargo, siempre que la cuantía defraudada exceda de los 120.000 euros (305.1 CP), considerando para determinar dicha cantidad lo

¹⁷² Sin embargo, la declaración-liquidación correspondiente al último período del año deberá presentarse durante los treinta primeros días naturales del mes de enero (71.4 RIVA).

¹⁷³ Pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta.

defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural (305.2 CP).

Por tanto, en el presente caso no es de aplicación el citado precepto penal por no superar dicha cuantía debiendo analizar si nos encontramos ante una infracción tributaria en los términos contemplados en la LIVA y LGT, cuyo tipo infractor es análogo al delito contra la Hacienda Pública.

La Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido en su art. 170 remite a la Ley General Tributaria¹⁷⁴ en lo referente a las infracciones tributarias cometidas en el ámbito de este impuesto, sin perjuicio de las disposiciones especiales previstas en la ley. De esta forma, de acuerdo, con el art. 191 de la LGT: *"Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo"*.

Añadiendo en su apartado tres que la infracción será grave cuando la base de la sanción sea superior a 3.000 euros y exista ocultación, siempre que no concorra ninguna otra circunstancia que determine su calificación como muy grave¹⁷⁵. Tomando como base de la sanción la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción. (art. 191.1 párrafo 4 LGT).

De esta forma, la ocultación se configura no como un criterio de graduación de la sanción, sino como una circunstancia determinante de la calificación de las infracciones. El artículo 184.2 LGT establece que *"se entenderá que existe ocultación de datos a la Administración tributaria cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda tributaria, siempre que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10 por ciento"*.

La ocultación ha de referirse al momento de presentación de la autoliquidación¹⁷⁶ y es necesario que concurren los siguientes requisitos¹⁷⁷: la sustracción al conocimiento de la Administración tributaria por parte del sujeto pasivo de todos o parte de los elementos constitutivos del hecho imponible o del mismo hecho imponible; que sea realizado mediante la falta de presentación de declaraciones o la presentación de declaraciones inexactas y que produzca un perjuicio a la Administración tributaria al no percibir el importe exacto de la deuda tributaria. En cuanto a la necesidad de un elemento

¹⁷⁴ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

¹⁷⁵ Art. 191.4 LGT: *"La infracción será muy grave cuando se hubieran utilizado medios fraudulentos. La infracción también será muy grave, aunque no se hubieran utilizado medios fraudulentos, cuando se hubieran dejado de ingresar cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, siempre que las retenciones practicadas y no ingresadas, y los ingresos a cuenta repercutidos y no ingresados, representen un porcentaje superior al 50 por ciento del importe de la base de la sanción"*.

¹⁷⁶ Vid. TEAC Resolución 5670/99, 10 de abril de 2002 (EDD 2002/110602). Hay que señalar que no impide apreciar que existe ocultación el hecho de que la Administración tributaria pueda conocer las operaciones o datos omitidos por declaraciones de terceros, por requerimientos de información o por el examen de la contabilidad, libros o registros y demás documentación del sujeto infractor siguiendo lo dispuesto en el art. 4 RGRST.

¹⁷⁷ Vid. SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo 1032/1997, 15 de julio de 1999 (EDJ 1999/84270).

intencional específico, la LGT, al definir la ocultación como criterio de calificación de las infracciones, no hace referencia al ánimo o intención del obligado tributario al ocultar datos a la Administración tributaria. No obstante, hay que tener en cuenta que sólo son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia tipificadas como tales en la ley (art. 183.1 LGT). En consecuencia, debe concurrir al menos negligencia en los actos del sujeto infractor.

En este caso, se produce ocultación al no haberse procedido a la presentación de las autoliquidaciones pertinentes. Además, la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción asciende a 12000 euros, por lo que se tomará como base de la sanción dicha cuantía. Siendo la incidencia de la deuda derivada de la ocultación sobre la base de la sanción por falta de presentación el 100% en virtud del art. 10.5 RGTST¹⁷⁸.

Por otra parte, se considera que esta infracción no tiene lugar cuando el obligado regularice su situación tributaria sin requerimiento previo (art. 27 LGT) o presente la autoliquidación en plazo voluntario, pero sin ingreso, pues en este último caso se inicia el periodo ejecutivo si ya hubiere concluido el plazo para realizar dicho ingreso (art.161.1b LGT).

De esta forma, si Mecánicas del Noroeste, S.L. presentase las autoliquidaciones correspondientes fuera de plazo, pero sin requerimiento previo de la administración¹⁷⁹, no nos encontraríamos ante la citada infracción tributaria, pero debería pagar un recargo por declaración extemporánea. En este sentido, el art. 27 LGT indica que *"si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa dentro de los tres, seis o 12 meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del cinco, 10 ó 15 por ciento, respectivamente¹⁸⁰"*. Contemplando un recargo del 20 por ciento si la presentación se efectúa una vez transcurridos 12 meses desde el término del plazo establecido para la presentación, excluyendo las sanciones que hubieran podido exigirse¹⁸¹.

En el presente caso, al desconocer sin concurren las circunstancias expuestas anteriormente podemos concluir que Mecánicas del Noroeste, S.L. ha incurrido en una infracción grave, de acuerdo a lo contemplado en el art. 191 LGT.

6.3 Responsabilidad tributaria

En cuanto a la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber tributario, el art. 35 LGT establece que *"son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las*

¹⁷⁸ Art. 10.5 RGRST: *"En el supuesto de falta de presentación de la declaración o autoliquidación, se entenderá que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación sobre la base de la sanción es del 100 por cien"*.

¹⁷⁹ A estos efectos, se considera requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria. (art. 27 LGT).

¹⁸⁰ Estableciendo a continuación que dicho recargo se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.

¹⁸¹ En este caso: *"se exigirán los intereses de demora por el período transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado."* (art. 27 párrafo 2º LGT).

entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias”. En este sentido, la LIVA en su art. 84 indica que serán sujetos pasivos del Impuesto: “Las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al Impuesto”. Por tanto, recaería sobre Mecánicas del Noroeste, S.L. la obligación tributaria.

Sin embargo, la LGT contempla la extensión de la responsabilidad de la deuda tributaria a otras personas o entidades (art.41 LGT). Señalando en su art. 43 que serán responsables subsidiarios los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas, como es el caso de don Miguel, que: “*habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones*”. Extendiendo su responsabilidad también a las sanciones. Sin embargo, esto se establece sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 que indica que serán responsables solidarios de la deuda tributaria las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria, extendiendo nuevamente dicha responsabilidad a la sanción.

Por tanto, don Miguel podría responder solidariamente o subsidiariamente de la deuda y su sanción correspondiente dependiendo de cuál hubiera sido su grado de colaboración en la realización de la infracción tributaria.

6.4 Sanción aplicable

Para las infracciones calificadas como graves, la LGT, en su art. 191, prevé la aplicación de una sanción consistente en multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 por ciento, graduándose mediante el incremento del porcentaje mínimo conforme a los siguientes criterios (art. 187 LGT):

- a) La comisión repetida de infracciones tributarias, que determina un incremento de la sanción mínima de 15 puntos porcentuales en caso de sanciones graves¹⁸².
- b) El perjuicio económico para la Hacienda Pública, que comporta un incremento de la sanción mínima de 10, 15, 20 o 25 puntos porcentuales. El perjuicio económico para la Hacienda Pública se determina por la relación existente entre la base de la sanción y la cuantía total que hubiera debido ingresarse en la autoliquidación o por la adecuada declaración del tributo o el importe de la devolución inicialmente obtenida. (Art. 187.1.b LGT).

Perjuicio económico x%	Incremento
$x\% \leq 10\%$	0
$10\% < x\% \leq 25\%$	10%
$25\% < x\% \leq 50\%$	15%
$50\% < x\% \leq 75\%$	20%
$75\% < x\% \leq 100\%$	25%

Fuente: elaboración propia en base a lo establecido en art. 187.1.b) LGT

¹⁸² En este sentido, se entenderá que existe comisión repetida cuando el sujeto infractor haya sido sancionado por una infracción de la misma naturaleza y que la sanción se haya impuesto por resolución que hubiese adquirido firmeza en vía administrativa dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción que ahora se sanciona. (art. 187.1.a LGT). En el presente caso, nada se indica sobre la existencia de una resolución previa de estas características por lo que no se considerará dicha posibilidad.

$$\text{Perjuicio económico} = \frac{\text{Base de la sanción}}{\text{Cuantía total que hubiera debido ingresarse}}$$

$$\text{Perjuicio económico: } \frac{12000}{12000} = 100\% \rightarrow \text{Incremento del 25\%}$$

Por tanto, la sanción aplicable sería la siguiente:

$$\text{Sanción} = (50\% + 25\%) \times 12000 = 9000 \text{ €}$$

En sentido contrario, el artículo 188 LGT establece la posibilidad de aplicar una serie de reducciones a las sanciones que se impongan: reducción del 30% por conformidad del interesado, reducción del 50% por acuerdo del interesado (art. 155 LGT) y reducción del 25% por ingreso de la sanción en período voluntario o en los plazos del acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento concedido por la Administración con garantía de aval o de seguro de crédito de caución, sin impugnación de la liquidación ni de la sanción.

7. CONCLUSIONES

I. El pago de la deuda realizado en abril de 2014, en cumplimiento de un contrato de préstamo, con vencimiento en abril de 2020, podría rescindirse en aplicación del art. 71.1 LC al tratarse de un acto perjudicial para la masa activa llevado a cabo por el deudor durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. En este caso, sería de aplicación la presunción iuris et de iure de perjuicio (art. 71.2 LC) puesto que se trata de un pago realizado para extinguir una obligación cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso.

En caso de estimarse la acción, la rescisión solo alcanzaría al pago realizado, debiendo, por tanto, ser restituido. En consecuencia, para Banco de Galicia, S.A. surgiría la obligación de devolverlo, sin perder por ello su derecho de crédito que tendrá la consideración de concursal.

Por lo que atañe a la legitimación de Veta, S.L. para la interposición de la acción, la Ley reconoce legitimación activa para el ejercicio de las acciones de rescisión y demás de impugnación a la administración concursal (art. 72.1 LC).

No obstante, el citado precepto, en consonancia con el art. 54.4 LC, otorga legitimación subsidiaria a los acreedores, en sustitución de la administración concursal, cuando estos hubieran requerido previamente a la misma y hubiesen transcurrido dos meses de inactividad por parte de esta. Por tanto, Veta, S.L., en calidad de acreedor personado en el concurso, estaría legitimado subsidiariamente en caso de cumplir las condiciones previstas en dicho artículo, debiendo de dirigir la demanda de rescisión tanto contra Mecánicas del Noroeste, S.L. como contra Banco de Galicia, S.A., por haber sido parte del acto impugnado.

II. En relación con el contrato de compraventa celebrado entre Mecánicas del Noroeste, S.L. y doña María, dicho negocio podría ser rescindido en aplicación del art. 71 LC al producirse el mismo dentro de los dos años anteriores a la celebración del concurso y resultar perjudicial para la masa activa. En el presente supuesto, resulta de aplicación la presunción iuris tantum de perjuicio contemplada en el art. 71.3 LC por tratarse de

un acto dispositivo a título oneroso y ser realizado en favor de persona especialmente relacionada con el concursado, al ostentar doña María dicha condición.

La consecuencia de la rescisión del negocio derivada para las partes sería la declaración, con efectos *ex tunc*, de la ineficacia del acto impugnado, por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del contrato; por lo que correspondería doña María restituir a la masa activa del concurso el inmueble recibido de Mecánicas del Noroeste, S.L. con ocasión del negocio rescindido. Adquiriendo, por su parte, el derecho de recibir lo que hubiera entregado como contraprestación, es decir, 150.000 euros, teniendo dicho crédito la consideración de crédito subordinado (art. 92.5 LC).

En cuanto a la restitución del inmueble a la masa concursal por parte de doña María, hay que tener en cuenta que se ha constituido un derecho real de hipoteca sobre el mismo, inscrito en el Registro de la Propiedad, en garantía de un préstamo concedido por el Banco Santander, S.A. a doña María. Cumpliendo la entidad de crédito los requisitos previstos en el art. 34 LH para ser considerado tercero hipotecario y, por tanto, siendo mantenido en su adquisición.

Esto supone que doña María debería satisfacer al titular de la hipoteca el crédito que garantiza, restituyendo la propiedad libre de cargas o hacer entrega, junto con la vivienda grabada, del importe de la hipoteca y cuantos gastos conlleve su total liberación para garantizar que la restitución tenga lugar en modo equivalente a lo percibido en su día.

Por otra parte, la rescisión tendrá lugar sin perjuicio de la responsabilidad que se pueda atribuir a don Miguel por el daño causado al patrimonio de la sociedad (art. 238 LSC) y la responsabilidad concursal apreciable en caso de ser pertinente la aplicación del art. 172 bis LC.

III. En lo referente a la naturaleza del contrato de suministro, es necesario destacar que se trata de un contrato único, bilateral, oneroso, sinalagmático y atípico, por el cual una persona, suministrador o proveedor, se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra, suministrado, prestaciones periódicas y cuya función es la satisfacción de necesidades continuas del suministrado de forma que atienda un interés duradero; constituyendo el paradigma de los contratos de tracto sucesivo y regulándose de forma preferente por lo dispuesto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad.

Por lo que respecta a la cláusula contenida en el mismo por la cual: *“en todo caso eléctricas Renovables, S.A. se reserva el derecho de rescindir unilateralmente el contrato de suministro con Mecánicas del Noroeste, S.L. para el caso en el que esta última sea declara en concurso de acreedores”*, se tendrá por no puesta careciendo de cualquier tipo de efecto y no afectando a la validez del resto del contrato, en aplicación del art. 61.3 LC.

Con relación a la posibilidad de Eléctricas Renovables, S.A. de resolver unilateralmente el contrato de suministro por incumplimiento en el pago por parte de Mecánicas del Noroeste, S.L., la Ley Concursal señala que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos por las partes (art. 63 LC), por tanto, siendo rescindible por incumplimiento. Disponiendo que en el caso de contratos de tracto

sucesivo podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso (art. 62 LC).

Sin embargo, no basta con cualquier incumplimiento, sino que éste ha de ser grave y frustrar el fin contractual del mismo, por lo que sería necesario considerar la cuantía de las facturas debidas, así como el retraso en el pago para tratar de dirimir si se trata de un incumplimiento con la envergadura suficiente para obtener un pronunciamiento resolutorio favorable.

En caso de entender que es procedente la resolución del contrato quedarían extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento y, en cuanto a las vencidas, tendrían la consideración de crédito concursal por haber sido el incumplimiento anterior a la declaración del concurso (art. 62.4 LC).

Pese a esto, la propia Ley Concursal establece la posibilidad de que el juez pueda acordar el cumplimiento forzoso del contrato por parte de Energías Renovables, S.A., aun cuando se haya producido el incumplimiento por parte de Mecánicas del Noroeste, S.L, si entiende que resulta de interés para el concurso; siendo con cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (art. 62.3 LC).

IV. En lo relativo a la existencia de algún ilícito penal en las últimas actuaciones llevadas a cabo por Mecánicas del Noroeste, S.L. con Hierro, S.L. se aprecia la comisión de un delito de estafa puesto que se lleva a cabo un engaño por parte de don Miguel, generador de un error en Hierro, S.L. que le induce a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio. Pudiendo ser catalogada de estafa activa y estando asociada a un negocio jurídico criminalizado.

De esta forma, don Miguel respondería penalmente como supuesto autor de un delito de estafa (art. 248 CP), siendo de aplicación el subtipo agravado previsto en el art. 205.6 CP al valerse de una relación de confianza fraguada a raíz de trabajar conjuntamente con Hierro, S.L. a lo largo de los años, y aprovechándose de su cargo como administrador de la sociedad. Por otro lado, Mecánicas del Noroeste, S.L. podría ser penalmente responsable de la actuación de don Miguel, por aplicación del art. 31 bis CP, en caso de entenderse que no ha adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control para evitar posibles resultados típicos.

V. Finalmente, con respecto a la calificación jurídica del impago de las liquidaciones del IVA se puede concluir que se trata de una infracción tributaria de carácter grave al ser la cuantía de la base de la sanción superior a 3000 euros y existir ocultación, siendo responsable de la misma Mecánicas del Noroeste, S.L. por ser sujeto pasivo del Impuesto (art. 35 LGT en relación con el art. 84 LGT) y pudiendo don Miguel, en calidad de administrador de la sociedad, responder solidariamente o subsidiariamente de la deuda y su sanción correspondiente, en atención a cuál hubiera sido su grado de colaboración en la realización de la infracción tributaria (art. 41, 42 y 43 LGT).

8. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Bibliografía:

- ALCOVER GARAU, G.: *La retroacción de la quiebra*, McGraw- Hill Interamericana, Madrid, 1996.
- ANTÓN SANCHO, M.: “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 285- 325.
- ARRIBAS HERNÁNDEZ A.: “La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 97-105.
- BLASCO GASCÓ, F. D.: *Prelación y Pago de los Acreedores Concuriales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- BLASCO GASCÓ, F. D.: *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- BROSETA PONT, M. y MARTINEZ SANZ, F.: *Manual de derecho mercantil. Vol. II: Contratos mercantiles, derecho de títulos valores, derecho concursal*, Tecnos, Madrid, 2014.
- BUSTILLO SAIZ, M^a del M.: *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa de la Ley concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- CURIEL LORENTE, F.: “Los efectos de la reintegración en el concurso”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de derecho civil (III). Derechos Reales*, Colex, Madrid, 2011.
- DÍAZ VALES, F.: “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, en *Anuario Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 261-299.
- Disponible en:
http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/7976/regimen_diaz_AFDUA_2010.pdf?sequence=1
[Consultado a: 20/11/2016 13:10]
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Artículo 34”, en AA. VV, *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 554-585.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, en *Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol.21, 2012, pp. 7-35.
- Disponible en:
http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiXuoE1MvRAhXGshQKHd0uAWcQFggiMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.usc.es%2Frevistas%2Findex.php%2Fdereito%2Farticle%2Fdownload%2F387%2F384&usq=AFOjCNEr2-z7Xa262edycnq_4-4nNsgEa&sig2=kIVrK9_e71DTAINveFUujg&bvm=bv.144224172.d.bGs
[Consultado a: 3/12/2016 17:15]
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Reintegración del patrimonio del concursado”, en *Anales del Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 25, 2007, pp. 13-43.
- Disponible en:
<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/64421/62091>
[Consultado a 11/11/2016 12:25]
- GADEA, E.; GAMINDE, E. y REGO, A.: *Derecho de la contratación mercantil*, Dykinson, Madrid, 2016.

- GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA ESCOBAR, G.A.; “El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum”, en *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 5, 2014.
 Disponible en:
http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-03/articulos_el-tratamiento-de-los-creditos.pdf
 [Consultado a 15/1/2017 13:25]
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, en AA. VV, *Derecho penal. Parte especial*, (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 386-407.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A.: “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 25, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 207- 235.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F.: “Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 163-194.
- HUELMO REGUEIRO, J.: *La acción rescisoria concursal*, JB Bosch editor, Barcelona, 2016.
- JOSÉ LEÓN, F.: “La función de la acción rescisoria desde la perspectiva del tercero”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 181-191.
- JUAN LOZANO, A. M., y MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y su impacto en el ámbito tributario” en *Actum Fiscal*, núm. 111, 2016, pp. 32-36.
 Disponible en:
<http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=algunas%20reflexiones%20sobre%20la%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jur%EDdicas%20A%20prop%F3sito%20de%20la%20Circular%20de%20la%20Fiscal%EDa%20General%20del%20Estado%201/2016%20y%20su%20impacto%20en%20el%20E1mbito%20tributario#presentar.do%3Fnref%3D7E0F5D74%26producto%3DUNIVERSAL%26fulltext%3Don>
 [Consultado a: 17/12/2016 18:20]
- JUAN Y MATEU, F.: “Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 507-518.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- PARRA LUGÁN, M^a A.: “El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA- CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 223- 269.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 19-45.

- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa”, en AA. VV, *La reintegración en el concurso de acreedores* (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 59-87.
- SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil Vol. II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios de Derecho Mercantil TOMO II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- SILVETTI, E.: “Artículo 71. Acciones de reintegración”, en AA. VV, *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 795-819.
- SILVETTI, E.: “Artículo 72. Legitimación y procedimiento”, en AA. VV, *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 819-833.
- SILVETTI, E.: “Artículo 73. Efectos de la rescisión”, en AA. VV, *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 833-849.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en AA. VV, *Comentarios sobre la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 689-705.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, en AA. VV, *Comentarios sobre la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp.705-715.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código penal comentado*, Atelier, Barcelona, 2015.
- ZURUTUZA ARIGITA, I.: *La rehabilitación de los contratos en el concurso*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

Enlaces web:

Contrato de suministro (Derecho mercantil). Guías jurídicas Wolters Kluwer.

Disponible

en:

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEIPwU7DMAz9m1wmobUcOOXSlgMSIDQK4uq2XhstjUfslOXvcdchEcnK87Of_fydMOYWL2J7ChJBaDfgjtPsgmOJZDgHCnm2bUxoBDq2ewO9JPAN9bZcsVuwhU55igPGKisSEvAHZFs-GJ7o5xUWN4I4ChXEbZYbBvv4tV9fURbFvVkwjsjbYTzdiEDSTG6dnDdn6gdlxvZok_6TSjujUNvUf71dfK2zzGe0LCmzpAcKIWmOE2E9volkaT7OuoDvg82Xd645ZyavyCJ7R-HBS4v2qudnlj6CHMvj_7Da1SijqvJOW1Uzv9W9AsAaPYbid_Au0irPTbAEAAA==WKE

[Consultado a: 12/11/1016 16:50]

Jurisprudencia consultada:

- STS 45/1985, 25 de enero de 1985 (EDJ 1985/7113)
- STS, 17 de junio de 1986 (EDJ 1986/4168)
- STS, 24 de octubre de 1989 (EDJ 1989/9428)
- STC 214/1991, 17 de diciembre de 1991 (EDJ 1991/10668)
- STS 1021/1990, 15 de junio de 1992 (EDJ 1992/6328)
- STC 253/1993, 20 de julio de 1993 (EDJ 1993/7393)
- STS 909/1993, 9 de octubre de 1993 (EDJ 1993/8889)
- STS 227/1994, 10 de marzo de 1994 (EDJ 1994/2181)
- STS 322/1995, 20 de abril de 1995 (EDJ 1995/1539)
- STS 29/1996, 29 de enero de 1996 (EDJ 1996/150)
- STS 1046/1996, 2 de diciembre 1996 (EDJ 1996/8350)
- STS 1216/1998, 21 de octubre de 1998 (EDJ 1998/18864)
- STS 648/1998, 12 de mayo de 1998 (EDJ 1998/2550)

- SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo 1032/1997, 15 de julio de 1999 (EDJ 1999/84270)
- STS 79/2000, 27 de enero de 2000 (EDJ 2000/638)
- STS 366/2000, 7 de abril de 2000 (EDJ 2000/5912)
- STS 1715/2000, 2 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/36545)
- STS 1194/2000, 29 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/55640)
- STS 62/2000, 23 de enero de 2001 (EDJ 2001/2886)
- STS 692/2001, 10 de julio de 2001 (EDJ 2001/15294)
- STS 91/2002, 7 de febrero de 2002 (EDJ 2002/1358)
- TEAC Resolución 5670/99, 10 de abril de 2002 (EDD 2002/110602)
- STS 590/2002, 13 de junio de 2002 (EDJ 2002/22230)
- STS 1146/2002, 2 de diciembre de 2002 (EDJ 2002/51849)
- STS 298/2003, 14 de marzo de 2003 (EDJ 2003/4267)
- STS 281/2003, 24 de marzo de 2003 (EDJ 2003/ 6521)
- STS 340/2003, 3 de abril de 2003 (EDJ 2003/6543)
- STS 507/2003, 9 de abril de 2003 (EDJ 2003/25314)
- Sentencia Juzgado de lo Mercantil Madrid 68/2005, 15 de abril de 2005 (EDJ 2005/60597)
- SAP Asturias 216/2005, 9 de junio de 2005 (EDJ 2005/88181)
- Sentencia Juzgado de lo Mercantil Córdoba 37/2005, 8 de julio de 2005 (EDJ 2005/149821)
- Sentencia Juzgado de lo Mercantil Barcelona 114/2005, 21 de julio de 2005 (EDJ 2005/114111)
- STS 1061/2005, 30 de septiembre de 2005 (EDJ 2005/157529)
- STS 812/2005, 27 de octubre de 2005 (EDJ 2005/171683)
- SAP Murcia 79/2006, 10 de marzo de 2006 (EDJ 2006/50941)
- SAP Barcelona 47/2006, 2 de mayo de 2006 (EDJ 2006/493761)
- STS 451/2006, 4 de mayo de 2006 (EDJ 2006/59544)
- STS 2954/1999, 17 de julio de 2006 (EDJ 2006/105549)
- STS 924/2006, 27 de septiembre de 2006 (EDJ 2006/269913)
- STS 889/2006, 20 de diciembre de 2006 (EDJ 2006/353234)
- STS 355/2007, 20 de marzo de 2007 (EDJ 2007/16941)
- Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Alicante 198/2007, 10 de octubre de 2007 (EDJ 2007/184535)
- Sentencia Juzgado de lo Mercantil 1/2008, 2 de enero de 2008 (EDJ 2008/318783)
- SAP Huesca 33/2008, 7 de febrero de 2008 (EDJ 2008/32950)
- SAP Alicante 136/2008, 9 de abril de 2008 (EDJ 2008/83276)
- SAP Barcelona 351/2008, 24 de octubre de 2008 (EDJ 2008/266051)
- SAP Barcelona 149/2008, 28 de abril de 2008 (EDJ 2008/135696)
- SAP Tarragona 262/2008, 20 de junio de 2008 (EDJ 2008/201748)
- STS 773/2008, de 23 de julio de 2008 (EDJ 2008/127993)
- SAP Sevilla 579/2008, 9 de diciembre de 2008 (EDJ 2008/353889)
- SAP Madrid 311/2008, 19 de diciembre de 2008 (EDJ 2008/327318)
- STS 22/2009, 23 de enero de 2009 (EDJ 2009/10467)
- SAP Barcelona 58/2009, 6 de febrero de 2009 (EDJ 2009/22460)
- SAP Huesca 49/2009, 26 de marzo de 2009 (EDJ 2009/76516)
- SAP Barcelona 106/2009, 30 de marzo de 2009 (EDJ 2009/213298)
- STS 977/ 2009, 22 de octubre de 2009 (EDJ 2009/245671)

- Sentencia Juzgado de lo Mercantil Madrid 660/2009, 30 de noviembre de 2009 (EDJ 2009/414438)
- STS 278/2010, 15 de marzo de 2010 (EDJ 2010/31677)
- STS 548/2010, 16 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/226118)
- STS 662/2010, 27 de octubre de 2010 (EDJ 2010/226119)
- SAP Pontevedra 577/2010, 29 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/308073)
- STS 1118/2010, 10 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/279596)
- STS 1058/2010, 13 de diciembre de 2010 (EDJ 2010/290500)
- SAP Asturias 116/2011, 3 de marzo de 2011 (EDJ 2011/55003)
- STS 452/2011, 31 de mayo de 2011 (EDJ 2011/99655)
- SAP Zaragoza 454/2011, 11 de julio de 2011 (EDJ 2011/161680)
- SAP Madrid 118/2011, 21 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/323086)
- STS 644/2011, 6 de octubre de 2011 (EDJ 242185)
- SAP Valencia 424/2011, 14 de noviembre de 2011 (EDJ 2011/307638)
- SAP Barcelona 18/2012, 25 de enero de 2012 (EDJ 2012/68315)
- SAP Burgos 40/2012, 2 de febrero de 2012 (EDJ 2012/13893)
- STS 161/2012, 21 de marzo de 2012 (EDJ 2012/118063)
- STS 185/2012, 28 de marzo de 2012 (EDJ 2012/87191)
- SAP Barcelona 193/2012, 14 de mayo de 2012 (EDJ 2012/187435)
- STS 629/2012, 26 de octubre de 2012 (EDJ 2012/248604)
- SAP Baleares 510/2012, 29 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/292211)
- STS 88/2013, 17 de enero de 2013 (EDJ 2013/10437)
- SAP Valencia 43/2013, 5 de febrero de 2013 (EDJ 2013/56818)
- STS 68/2013, 26 de febrero de 2013 (EDJ 2013/30526)
- SAP Madrid 63/2013, 1 de marzo de 2013 (EDJ 2013/49112)
- STS 376/2013, 10 de mayo de 2013 (EDJ 2013/78316)
- SAP Toledo 172/2013, 25 de junio de 2013 (EDJ 2013/135093)
- SAP Alicante 478/2013, 23 de septiembre de 2013 (EDJ 2013/218095)
- STS 1316/2013, 6 de marzo de 2014 (EDJ 2014/30174)
- STS 256/2014, 21 de marzo de 2014 (EDJ 2014/57311)
- SAP Baleares 124/2014, 22 de abril de 2014 (EDJ 2014/75304)
- SAP Barcelona 258/2014, 23 de julio de 2014 (EDJ 2014/156695)
- STS 428/2014, 24 de julio de 2014 (EDJ 2014/165053)
- STS 621/2014, 23 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/176235)
- STS 737/2014, 22 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/261491)
- STS 58/2015, 23 de febrero de 2015 (EDJ 2015/26767)
- SAP Valencia 412/2015, 26 de octubre de 2015 (EDJ 2015/290305)
- SAP Barcelona 270/2015, 19 de noviembre de 2015 (EDJ 2015/244526)
- STS 475/2016, 2 de junio de 2016 (EDJ 2016/79342)
- STS 524/2016, 16 de junio de 2016 (EDJ 2016/88661)
- STS 663/2016, 20 de julio de 2016 (EDJ 2016/114374)
- SAP Burgos 302/2016, 29 julio 2016 (EDJ 2016/212982)
- SAP Girona 221/2016, 2 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/193428)
- SAP Zaragoza 176/2016, 22 de septiembre de 2016 (EDJ 2016/192374)
- STS 4768/2016, 8 de noviembre de 2016 (EDJ 2016/196200)
- SAP Pontevedra 260/2016, 11 de mayo de 2016 (EDJ 2016/94668)
- SAP Barcelona 279/2016, 15 de diciembre 2016 (EDJ 2016/246072)